# Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Ausgestaltung der neu entstehenden Gesellschaftsform

DISSERTATION

zur Erlangung des wirtschaftswissenschaftlichen Doktorgrades
der Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Georg-August-Universität zu Göttingen

vorgelegt von

**Bernhard Stückmann**

aus Bielefeld

Göttingen 1964

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41544314_0008

# Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften unter besonderer Berücksichtigung der Ausgestaltung der neu entstehenden Gesellschaftsform

D i s s e r t a t i o n

zur Erlangung des wirtschaftswissenschaftlichen Doktorgrades
der Wirtschafts-und Sozialwissenschaftlichen Fakultät
der Georg- August- Universität zu Göttingen

vorgelegt von
BERNHARD STÜCKMANN
aus Bielefeld

Göttingen 1964

R.UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Berichterstatter : Prof. Dr. Wilhelm Hasenack

Mitberichterstatter: Prof. Dr. Wolfgang Lücke

Tag der mündlichen Prüfung : 21. Juli 1964

Inhaltsverzeichnis


| | Seite |
|---|---|
| Abkürzungsverzeichnis | VII |
| A. Begriff der Umwandlung und Problemstellung | 1 |
| B. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften in geschichtlicher Betrachtung | 5 |
| I. Vorbemerkung | 5 |
| II. Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften während der Zeit des Nationalsozialismus | 6 |
| a. "Anonymität" als Merkmal unerwünschter Gesellschaftsformen | 6 |
| b. Die Umwandlung kleiner und mittelgroßer Kapitalgesellschaften als Folge des politischen Drucks gegen "anonyme" Organisationsformen | 7 |
| c. Exkurs: Die mit der Durchführung der Umwandlung zusammenhängende Frage der "angemessenen" Abfindung ausscheidender Minderheitsaktionäre | 14 |
| d. Abschließende Beurteilung der Auswirkungen der nationalsozialistischen Umwandlungsgesetzgebung | 23 |
| III. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften unter dem Einfluß der D-Mark Bilanzgesetzgebung | 27 |
| C. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften nach heute (1964) geltendem Recht | 33 |
| I. Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften nach den Bestimmungen der 1964 geltenden handelsrechtlichen Umwandlungsgesetzgebung und der mit dem 31.12.1959 ausgelaufenen steuerlichen Umwandlungsgesetzgebung | 33 |
| II. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften ohne steuerlich begünstigende Gesetzesbestimmungen | 42 |
| D. Die heute bei Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften wirksamen Motive | 45 |
| I. Allgemeine Vorbemerkung | 45 |

II. Die Milderung der Steuerbelastung 47

a. Das Gewicht steuerlicher Gesichtspunkte bei der Gestaltung von Gesellschaftsformen 47

b. Die mit der sogenannten Doppelbesteuerung verbundenen und von den Unternehmern als drückend empfundenen finanziellen Belastungen und ihre Vermeidung im Wege der Umwandlung der Kapitalgesellschaft 52

1. Drei Erscheinungsformen der sogenannten Doppelbesteuerung 52

a) Laufende Einkommen- und Körperschaftsteuer 52

b) Verdeckte Gewinnausschüttungen 56

c) Der doppelte Besteuerungsansatz in Verbindung mit der Vermögensteuer 61

2. Die Vermeidung bzw. Milderung der Doppelbesteuerung bei Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft 64

c. Die hohe Belastung aufrückender Anteilseigner mit Erbschaft- und Schenkungsteuer, sowie die Beseitigung dieses Nachteils durch Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft 67

d. Die wirtschaftlich unterschiedliche Bedeutung der Steuervergünstigung des Verlustabzugs für Personen- und Kapitalgesellschaften 72

III. Die Bedenken vieler bundesdeutscher Unternehmer gegen die mit Kapitalgesellschaften verbundene Publizität als Anlaß für Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften 81

a. Umwandlungen zur Vermeidung der Veröffentlichung des Jahresabschlusses von Kapitalgesellschaften 81

b. Umwandlungen zur Vermeidung der Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften 86

E. Die Gestaltung der aus der Umwandlung hervorgegangenen Personengesellschaft 1oo

I. Vorbemerkung 1oo

II. Allgemeine Gesichtspunkte zur Gestaltung der umgewandelten Gesellschaft 1o1

a. Das Gewicht des wirtschaftlich bedeutsamen Prinzips der Vorsicht im Zusammenhang mit der Umwandlung und Ausgestaltung von Gesellschaftsformen 1o1

b. Der Rahmen der bei der Umwandlung angestrebten Rechtsform 1o6

1. Die körperschaftlich organisierte Kommanditgesellschaft 1o7

2. Die Gesellschaft mbH & Co KG 1o8

3. Die kapitalistisch ausgestaltete Gesellschaft mbH & Co KG 11o

4. Exkurs: Die Doppelgesellschaft 111

III. Einzeluntersuchung über die Vereinbarkeit von körperschaftlichen Organisationselementen mit dem Organisationsprinzip der Gesamthandgemeinschaften 114

a. Die Haftungsbeschränkung 114

1. Die Stellung der Haftung im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen und -elemente sowie ihr Verhältnis zu dem Begriff der Verantwortlichkeit 114

2. Die Beurteilung des heutigen Risikos der unmittelbaren und unbeschränkten persönlichen Haftung 119

3. Grenzen bei der Verbindung der Haftungsbeschränkung mit der Personengesellschaft 128

a) Rechtliche Grenzen der Haftungsbeschränkung 128

b) Betriebswirtschaftliche Grenzen der Haftungsbeschränkung 134

b. Die fungible Ausgestaltung von Beteiligungen an Kommanditgesellschaften im Falle einer Vielzahl von Gesellschaftern 138

1. Die Rechtfertigung fungibler Ausgestaltungen von Beteiligungen an Kommanditgesellschaften 138

2. Die im rechtlich-organisatorischen Aufbau der Aktiengesellschaft liegende Überlegenheit gegenüber der Kommanditgesellschaft bei der Beschaffung von Beteiligungskapital 138

a) Die wachsende Bedeutung der Aktiengesellschaft in Zeiten zunehmender Schwierigkeit bei der Beschaffung von Beteiligungskapital und rückläufiger Möglichkeit der Überschußfinanzierung 138

b) Die Schwierigkeiten der in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft betriebenen mittelständischen Unternehmungen bei der Beschaffung von Beteiligungskapital 142

3. Die Prüfung der grundlegenden Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit einer fungiblen Ausgestaltung von Beteiligungen an Kommanditgesellschaften 147

a) Die bisher erörterten Vorschläge als Zusammenstellung nicht gesicherter Ergebnisse 147

b) Die Verbriefung von Unterbeteiligungen in leicht übertragbarer Form 149

1) Die Anweisung als Mittel für die Verbriefung des Anspruchs aus der Unterbeteiligung 149

2) Rechtliche Bedenken bei der Verbriefung des Beteiligungsanspruchs in leicht übertragbarer Form 152

3) Die Verkehrsfähigkeit der Unterbeteiligung in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Annahme der Anweisung 154

4) Die Möglichkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur Übertragung der Unterbeteiligung anstelle ihrer Kündigung 156

aa. Die Verbindung wirtschaftlicher Vorteile für den Unterbeteiligten mit einem Ausschluß des Kündigungsrechts 156

bb. Die Zulässigkeit einer nicht kündbaren Beteiligung an Gesamthandgemeinschaften 159

cc. Die Anwendung der in Gesetz, Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätze des Kündigungsrechts auf den Fall der Unterbeteiligung beim Gestionskommanditisten 163

c) Die Vermeidung der Mitunternehmerschaft bei der bürgerlich-rechtlichen Unterbeteiligungsgesellschaft 168

1) Die Personengesellschaft und "andere" Gesellschaften als Mitunternehmerschaften im steuerlichen Sinn 168

2) Die bürgerlich-rechtliche Unterbeteiligungsgesellschaft als Mitunternehmerschaft im steuerlichen Sinn? 17o

3) Die Auswirkungen einer Vermeidung der Mitunternehmerschaft in der bürgerlich-rechtlichen Unterbeteiligungsgesellschaft 177

aa. Die Annäherung an die stille Gesellschaft in Handels- und Steuerrecht 177

bb. Die steuerliche Behandlung der als Gläubigerverhältnis ausgestalteten Unterbeteiligung und die damit zusammenhängenden wesentlichen Punkte der Vertragsgestaltung 1[illegible]o

d) Die Errichtung börsenähnlicher Institutionen für die Vermittlung von Unterbeteiligungen 1[illegible]3

1) Die börsenähnliche Institution nach dem Vorbild der amtlichen Effektenbörse 1[illegible]3

2) Das Verhältnis zwischen allgemeinen Schutzgedanken im Handelsrecht und der Zweckmäßigkeit börsenähnlicher Institutionen 1[illegible]5

3) Abschließende Beurteilung der Zulässigkeit von börsenähnlichen Institutionen 196

F. Schluß 199

Literaturverzeichnis 2o5

## Abkürzungsverzeichnis.

| | |
|---|---|
| AO | = Reichsabgabenordnung |
| B | = Der Betrieb |
| BB | = Der Betriebsberater |
| BewG | = Bewertungsgesetz |
| BFH | = Bundesfinanzhof |
| BFuP | = Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis |
| BGBl | = Bundesgesetzblatt |
| BGH | = Bundesgerichtshof |
| BGHZ | = Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen |
| BkA | = Bankarchiv |
| BörsG | = Börsengesetz |
| BStBl | = Bundessteuerblatt |
| DJZ | = Deutsche Justiz |
| DMBilErgG | = D-Mark Bilanzergänzungsgesetz |
| DMBilG | = D-Mark Bilanzgesetz |
| DNotZ | = Deutsche Notar-Zeitschrift |
| DR | = Deutsches Recht |
| DStZ | = Deutsche Steuerzeitung |
| ErbStG | = Erbschaftsteuergesetz |
| EStG | = Einkommensteuergesetz |
| EStR | = Einkommensteuerrichtlinien |
| FAZ | = Frankfurter Allgemeine Zeitung |
| GewStG | = Gewerbesteuergesetz |
| GG | = Grundgesetz |
| GmbH-Rdsch | = Rundschau für GmbH |
| HdB | = Handwörterbuch der Betriebswirtschaft |
| HdSW | = Handwörterbuch der Sozialwissenschaften |
| JW | = Juristische Wochenschrift |
| JZ | = Juristenzeitung |
| KStDV | = Körperschaftsteuerdurchführungsverordnung |
| KStG | = Körperschaftsteuergesetz |
| KStR | = Körperschaftsteuerrichtlinien |
| KVStG | = Kapitalverkehrsteuergesetz |
| NWB | = Neue Wirtschaftsbriefe |
| RAZ | = Reichsanzeiger |
| RFH | = Reichsfinanzhof |
| RGBl | = Reichsgesetzblatt |
| RG(Z) | = Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen |
| RStBl | = Reichssteuerblatt |
| RWP | = Rechts- und Wirtschaftspraxis |
| StAnpG | = Steueranpassungsgesetz |
| Stbjb | = Steuerberaterjahrbuch |
| StuW | = Steuer und Wirtschaft |

| | |
|---|---|
| UmwG | = handelsrechtliches Umwandlungsgesetz v.12.11.1956 |
| UmwStG | = steuerliches Umwandlungsgesetz v.11.10.1957 |
| UmwGes | = Umwandlungsgesetz v.5.7.1937 |
| UStDB | = Durchführungsbestimmungen zum Umsatzsteuergesetz |
| UStG | = Umsatzsteuergesetz |
| VStG | = Vermögensteuergesetz |
| Wertp. Zul.Bek. | = Wertpapierzulassungsbekanntmachung |
| ZfB | = Zeitschrift für Betriebswirtschaft |
| ZfhF | = Zeitschrift für handelswissenschaftliche Forschung |
| ZfdgH | = Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht |
| ZAfDR | = Zeitschrift der Akademie für deutsches Recht |
| DJ | = Deutsche Justiz |

Zeitschriften ohne Abkürzungen:

Der Wirtschaftstreuhänder
Nationale Wirtschaft
Finanzarchiv
Die Aktiengesellschaft
Praktischer Betriebswirt

## A. Begriff der Umwandlung und Problemstellung

Unter Umwandlung von Gesellschaften versteht man die Änderung der Rechtsform der Unternehmung [1]. Dieser gesellschaftsrechtliche Vorgang muß die betriebliche Sphäre der Unternehmung nicht unbedingt berühren. Die juristische Umgestaltung kann jedoch zu einer anderen Steuerbelastung der Unternehmung führen. Mit dem Übergang zu der neuen Gesellschaft nehmen meist auch die Haftungsbeziehungen eine andere Form an, womit gleichzeitig die Voraussetzungen für die Möglichkeiten der Kapitalbeschaffung verändert werden können. Soweit eine Umwandlung zu solchen Veränderungen führt, können davon allerdings mittelbare oder unmittelbare Auswirkungen auf den betrieblichen Bereich ausgehen.

Mit der Abkehr von der alten Rechtsform ist die Umwandlung noch nicht abgeschlossen. Zu einer Umwandlung gehört vielmehr auch die Lösung der bisher im Schrifttum noch nicht erschöpfend geprüften Frage, wie die neue Rechtsform dann ausgestaltet werden soll. Die Satzung der aufgelösten Kapitalgesellschaft läßt sich nicht wie eine Schablone zur Abfassung eines neuen Kommanditvertrages verwenden [2]. Eine willkürliche Übertragung von Organisationselementen der Kapitalgesellschaften auf Personengesellschaften kann an dem wesensmäßigen Unterschied zwischen Grundorgani-

---

1) vgl. den Begriff der Umwandlung bei Deutsch, P.: Die Umwandlung als betriebswirtschaftliches Problem, ZfB 1959, S. 336. Deutsch sieht in der Rechtsform "ein besonders charakteristisches Strukturelement der Betriebswirtschaften, gewissermaßen das juristische Gewand, in dem sie als Unternehmungen ihre Aufgaben auf dem Markt erfüllen." So versteht Deutsch "unter Umwandlung im betriebswirtschaftlichen Sinn den Wechsel dieses Gewandes durch Änderung der Rechtsform einer Unternehmung, die grundsätzlich in ihrer wirtschaftlichen Substanz samt ihrer wirtschaftlichen Träger möglichst erhalten bleibt."

2) So Boesebeck, E.: Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt a.M. 1938, S.35: "Selbst wenn der Kommanditvertrag ein getreues Konterfei der Satzung der aufgelösten Kapitalgesellschaft wäre, ist er durch den Übergang zur Personengesellschaft seinem Geiste und Inhalt nach etwas anderes geworden."

sationsformen des Gesellschaftsrechts (körperschaftliche Organisation und Gesamthandgemeinschaft) scheitern. Damit sind auch der Verwirklichung des Ideenreichtums umwandelnder Unternehmer gewisse Grenzen gesetzt.

Trotz der bei Umwandlungen von Gesellschaftsformen wichtig erscheinenden juristischen Fragen, die gewöhnlich einen Ordnungscharakter technisch-konstruktiver Art haben, sind Entscheidungen, ob Gesellschaften umgewandelt werden sollen, nach betriebswirtschaftlichen Gesichtspunkten zu treffen. Die Geschichte der Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften zeigt, daß diese Grundbedingung oft nicht erfüllt werden konnte. Zur Zeit des Nationalsozialismus nämlich bestimmte der Staat, was als "betriebswirtschaftlich vernünftig" zu gelten hatte. So setzte man vor allem die Steuergesetzgebung und die parteihörige Wirtschaftspresse ein, um die Gesellschafter vieler kleiner und mittelgroßer Kapitalgesellschaften zum Übergang zur Personengesellschaft zu zwingen. Mit dem handelsrechtlichen Umwandlungsgesetz von 1956 und dem steuerlichen, aber schon 1959 ausgelaufenen Umwandlungsgesetz von 1957 wollte man den Unternehmern schließlich eine neutrale Grundlage zur Korrektur von in der Vergangenheit entstandenen und noch bestehenden Rechtsformen-Verzerrungen bieten. Dabei begrenzte man aber die Geltungsdauer der steuerlichen Vergünstigungen derart, daß betriebswirtschaftlich notwendig erscheinende Umwandlungen innerhalb dieser Frist nicht immer durchgeführt werden konnten.

Ob beabsichtigte Umwandlungen dann generell unterbleiben mußten, läßt sich nicht eindeutig bestimmen. Wenn man von einigen besonders gelagerten Unternehmenssituationen (z.B.Kapitalgesellschaften mit hohem Verlustvortrag) absieht, waren die Vergünstigungen des steuerlichen Umwandlungsgesetzes von 1956

gemessen an der allgemeinen Steuerbelastung des nicht steuerlich begünstigten Wechsels der Rechtsform ohnehin nicht übermäßig hoch. Insofern erscheinen Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften angesichts eindeutig bestimmbarer betriebswirtschaftlicher Vorzüge der Personengesellschaft auch nach Auslaufen des steuerlichen Umwandlungsgesetzes noch durchführbar.

Nach 19 Jahren eines allgemeinen Wiederaufbaus der bundesdeutschen Wirtschaft kann man immer noch nicht von einer allgemeinen finanziellen Konsolidierung der Unternehmungen sprechen. Das gilt ganz besonders für den Bereich der kleinen und mittleren Industrie. Die Finanzierung dieser Betriebe durch Beteiligungskapital zum Zwecke dringender Rationalisierungs- oder auch Erweiterungsinvestitionen -- falls solche Betriebe ihre optimale Größe offensichtlich bei weitem noch nicht erreicht haben -- erscheint vor allem vom Standpunkt der Betriebsinhaber aus weniger gefahrvoll als die allgemein bedrohliche Zunahme der (vor allem kurzfristigen) Verschuldung.

Die Aufnahme von weiteren Beteiligten kann allerdings den beherrschenden Einfluß eines Mehrheitsgesellschafters mindern. Diese von vielen Betriebsinhabern als störend empfundene Nebenwirkung läßt sich gegebenenfalls dadurch mildern, daß man möglichst viele und dann nur geringfügig Beteiligte in die Gesellschaft aufnimmt. Insofern kommt der nach der kapitalistischen Seite hin ausgestalteten Kommanditgesellschaft besondere Bedeutung zu. Demgegenüber ist bei der GmbH die Möglichkeit des Wechsels in den Beteiligungsverhältnissen schon kraft gesetzlich zwingender Vorschriften erschwert. Die Aktiengesellschaft, deren rechtliche Organisation zwar auf eine solche Fluktuation der Betei-

ligungen zugeschnitten ist, belastet aber kleine und mittelgroße Unternehmungen mit hohen Sonderaufwendungen.

Die nachfolgende Untersuchung ist nun im wesentlichen der für Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften oft entscheidenden Frage gewidmet, wie die neu entstehende Personengesellschaft unter dem Gesichtspunkt der Erhaltung der mit der körperschaftlichen Organisation verbundenen Vorteile und Vermeidung ihrer wesentlichen Nachteile ausgestaltet werden kann. Vor allem das mit dieser Fragestellung verbundene Problem, auch im Bereich der Personengesellschaft eine zweckmäßige Rechtsform für die Zusammenfassung zahlreicher kleiner Beteiligungen zu finden, ist bisher im neueren Schrifttum[1)] in Form zusammenhängender und auch an die geschichtliche Entwicklung der Umwandlungen anknüpfenden Untersuchungen nicht behandelt worden.

---

1) vgl. Ansätze dazu im älteren Schrifttum: Boesebeck, E.: Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt a.M. 1938; Schmalenbach, E.: Der Treuhandkommanditist, ZfhF 1949, S. 97; Die Beteiligungsfinanzierung, 7. Aufl., Köln und Opladen 1949, dort insbesondere das Kapitel über die vielköpfige Kommanditgesellschaft, S. 125 f.

## B. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften in geschichtlicher Betrachtung

### I. Vorbemerkung

Die beiden Höhepunkte der Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften fielen in die Epoche des Nationalsozialismus und in die Zeit der Geltung des jüngsten steuerlichen Umwandlungsgesetzes. Zwischenzeitlich wurde die handelsrechtliche Umwandlungsgesetzgebung der Nationalsozialisten durch die bilanzmäßigen und steuerlichen Erleichterungen des D-Mark-Bilanzgesetzes ergänzt. Diese Vergünstigungen fanden allerdings in der Wirtschaft kaum nennenswerten Zuspruch.

In den Jahren vor 1933 wurden Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften selten vorgenommen. Rechtserleichterungen in Form von Sonderbestimmungen fehlten damals und das geltende Aktienrecht und GmbH-Recht kannten für den Wechsel von der Kapitalgesellschaft zur Personengesellschaft nur den zeitraubenden Weg der Einzelrechtsnachfolge.

Deshalb konnte K.Lehmann für den Übergang von der Kapitalgesellschaft zur Personengesellschaft allein den damals üblichen Weg der Liquidation mit nachfolgender Neugründung vorschlagen [1]. Die Umwandlung unter Ausschluß der Abwicklung war dem herkömmlichen System zufolge lediglich innerhalb der als Körperschaft aufgebauten Rechtsformen oder innerhalb des Rechtskreises der Personengesellschaften möglich. In den gesellschaftsrechtlichen Untersuchungen von K.Lehmann finden sich auch keine

---

1) Lehmann, K.: Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmungsformen, ZfdgH 1901, S. 1 ff.

Reformvorschläge, in denen er auf die praktische Zweckmäßigkeit hingewiesen hätte, das zu seiner Zeit allein mögliche Verfahren der Umwandlung von Gesellschaftsformen zu vereinfachen.

## II. Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften während der Zeit des Nationalsozialismus

### a. "Anonymität" als Merkmal unerwünschter Gesellschaftsformen

Zur Zeit des Nationalsozialismus stellte die sogenannte "Anonymität" ein negatives Merkmal der Kapitalgesellschaften dar. Allgemein wurde "Anonymität" damals als Diskrepanz zwischen Macht und Verantwortlichkeit und als Verschleierung eines solchen Mißverhältnisses im Rahmen von Kapitalgesellschaften aufgefaßt [1]. Außer Publikumsaktiengesellschaften waren nach dieser Definition auch Namensaktiengesellschaften und vor allem Gesellschaften mbH als "anonym" anzusehen.

Nach den oben genannten Wesensmerkmalen hätte die "Anonymität" nicht als Sondererscheinung betrachtet werden dürfen, welche nur mit den auf dem Rechtsinstitut der juristischen Personen aufbauenden Kapitalgesellschaften in Verbindung gebracht werden konnte. Eigentlich hätte man auch kapitalistische Kommanditgesellschaften zur Gruppe der "anonymen"

---

1) vgl. die Auffassungen über den Inhalt des Anonymitätsbegriffs bei:
Fischer, P.: Die Aktiengesellschaft in der nationalsozialistischen Wirtschaft, München und Leipzig 1936, S.54; Schlegelberger, F.: Die Erneuerung des deutschen Aktienrechts, Berlin W 9 1935, S.6; Becher, E.: Aufbau, Organisation und Umwandlung der Aktiengesellschaft nach dem Aktiengesetz vom 30.Januar 1937 unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Anonymität und seine Überwindung in der Wirtschaft des nationalsozialistischen Staates, Dissertation, Bonn 1938; Bernartz, W.: Möglichkeiten einer Reform der GmbH, Dissertation, Köln 1938, S.13

Gesellschaften rechnen müssen. Bei diesem Gesellschaftszwischentyp ließen sich nämlich die oben genannten Merkmale einer den Charakter der Anonymität tragenden Gestaltung in ähnlichem Ausmaß nachweisen wie bei Kapitalgesellschaften.

b. Die Umwandlung kleiner und mittelgroßer Kapitalgesellschaften als Folge des politischen Drucks gegen "anonyme" Organisationsformen

Zum Zweck der Beseitigung der "Anonymität" konnte eine Abschaffung aller Kapitalgesellschaften nicht ernsthaft erwogen werden. Nach den amtlichen Erläuterungen zum handelsrechtlichen Umwandlungsgesetz kamen für die Umwandlung in eine Personengesellschaft große Aktiengesellschaften ohnehin nicht in Frage, da diese nur "auf breiter geldlicher Grundlage aufbauen" konnten und zu diesem Zweck "weite Kreise des Volkes zur Aufbringung der erforderlichen Mittel heranziehen" mußten [1].

Der von Parteipropaganda, Wirtschaftspresse und Gesetzgeber ausgeübte Druck zur Abkehr von "anonymen" Gesellschaften richtete sich insofern vor allem gegen kleine, darüber hinaus aber auch noch gegen mittelgroße Kapitalgesellschaften. Ganz besonders wurde die GmbH von den nationalsozialistischen Machthabern angegriffen, weil leitende Gesellschaftergeschäftsführer hier eine Aktivität entfalten konnten, die sich jeder Kontrolle durch eine Veröffentlichung des Jahresabschlusses der Gesellschaft oder auch

1) vgl.: Die amtlichen Erläuterungen zum handelsrechtlichen Umwandlungsgesetz, in DJ 1934, S.883

ebenso: Die Auffassung von Schacht, H.: Die deutsche Aktienrechtsreform,Rede, gehalten auf der 9.Vollsitzung der Akademie für deutsches Recht, Berlin, 3o.Nov.1935 (erschienen als Umdruck der Reichsbank Berlin) S.9

durch eine Pflichtprüfung ihrer Bilanz und Gewinn- oder Verlustrechnung entzog [1].

Mit der häufig erfolgenden Umwandlung von Kapitalgesellschaften in kapitalistische Kommanditgesellschaften schien die Erfüllung des Zwecks der nationalsozialistischen Umwandlungsgesetzgebung gefährdet. Deshalb hatte ein Fachausschuß unter Leitung Würdingers zu untersuchen, inwieweit allgemein bei den Personengesellschaften, besonders aber bei der KG eine Abkehr von der "anonymen" Gesellschaftsform und die damit bezweckte Steigerung der Verantwortlichkeit selbständiger Unternehmer noch gewährleistet war [2]. Dabei wurden drei Hauptgesichtspunkte diskutiert:

---

1) Solche Angriffe auf die GmbH finden sich bei Bernartz, W.: Möglichkeiten einer Reform der GmbH (Dissertation) Köln 1938, S.14; Müller-Erzbach, R.: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, Marburg 1931, Klausing-Nipperdey, Nußbaum, Bd.II 1931, S.737 ff.; Großmann-Doerth, Soll die GmbH beibehalten werden?, Hans-RGZ 1937, S.28o ff., sehr scharf v.Frankenberg und Proschlitz, C.: in Nationale Wirtschaft 1934, S.177, zitiert bei Zahn, J.C.D.: Um die zukünftige Unternehmungsform der kleineren und mittleren Betriebe, BkA 1934, S.432; Allgemein nicht so ablehnend Klausing, F.: Das kommende Aktienrecht DJZ 1935, Sp.1135 f., der eine allgemeine Unternehmensreform vorschlägt; Entschieden gegen solche, vielfach von politischer Gesinnung getragenen Angriffe wendet sich Schmidt (Senior), O., der offen auf die Vorteile der GmbH hinweist und sich für die Beibehaltung dieser Gesellschaftsform ausspricht, GmbH-Rdsch. 1934,S.599

2) Würdinger, H.: Das Recht der Personengesellschaften, 1.Teil : Die Kommanditgesellschaft, Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personengesellschaften der Akademie für deutsches Recht, München und Berlin 1939

1. Der Verzicht auf die unbeschränkte persönliche Haftung des Komplementärs und die Erweiterung der Haftung geschäftsführender Kommanditisten von einer bestimmten Mindestgröße der Unternehmung an.
2. Die Möglichkeit der Stellung eines gesellschaftsfremden Dritten als Vertretungsorgan der KG.
3. Die Einschränkung der vertraglichen Gestaltungsfreiheit für alle Personengesellschaften.

Das Ergebnis dieser Reformüberlegungen zum Recht der Personengesellschaften gipfelte letztlich in der vollen Anerkennung der geltenden Bestimmungen. Man hatte sich dabei von dem Grundsatz leiten lassen, das Wesen der KG durch etwa für notwendig erachtete Beschlüsse nicht zu verändern. Auch wollte man jede Zurückdrängung oder Ausschaltung des persönlichen Elements aus der KG im Wege der Neuschaffung gesetzlicher Sondernormen vermeiden. Die damals für Personengesellschaften bestehenden Rechtsvorschriften wurden somit für gut und zweckmäßig befunden. Damit hatte der Würdinger-Ausschuß praktischen Bedürfnissen sowie der "Ökonomie der Gesetzgebung" gleichermaßen gedient [1].

Obwohl sich bereits seit langen, nämlich seit dem Ende der Inflation und der dann folgenden Geldwertstabilisierung die Zahl der Kapitalgesellschaften erheb-

---

1) Würdinger, H., a.a.O., S.48

lich vermindert hatte [1], versuchte der nationalsozialistische Staat diese noch andauernde Entwicklung im Rahmen der Umwandlungsgesetzgebung zu beschleunigen:

So konnten Aktiengesellschaften, Gesellschaften mbH und bergrechtliche Gewerkschaften in Einzelunternehmungen, Offene Handelsgesellschaften oder Kommanditgesellschaften im Wege der Gesamtrechtsnachfolge [2] also unter Ausschluß der Liquidation nach den Bestimmungen des handelsrechtlichen Umwandlungsgesetzes [3] umgewandelt werden. Damit wurde das alte System im Recht der Umwandlung von Handelsgesellschaften durch ein bedeutend elastischeres Verfahren ergänzt.

---

1) Die zahlenmäßige Entwicklung der Gesellschaften mbH und der Aktiengesellschaften in den Jahren 1913; 1923; 1924; 1933; 1935; aus einer Statistik Schlegelbergers in DJ 1936 a.a.O., S.1649;

| Jahr | Gesellschaftem mbH | Aktiengesellschaften |
|---|---|---|
| 1913 | 26.79o | 5.139 |
| 1923 | 7o.ooo | 16.ooo |
| 1924 | 8o.ooo | 17.ooo |
| 1933 | 65.ooo | 9.148 |
| 1935 | 55.ooo | 7.84o |

Weitere statistische Nachweise über die Umwandlungen von 1934 - 1943 und von 195[illegible] - 1957 enthält der Aufsatz von Deutsch, P.: Die Umwandlung als betriebswirtschaftliches Problem, ZfB 1959, S.336 ff.

2) vgl.den Begriff der Gesamtrechtsnachfolge bei Böttcher-Meilicke, Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5.Aufl., Berlin und Frankfurt a.M., 1958, S.42: Danach ist die Gesamtrechtsnachfolge im Umwandlungsrecht ähnlich wie die Gesamtnachfolge (§ 1922 BGB) geregelt, "die beim Tod einer natürlichen Person für den Erben eintritt". Das Vermögen der in Umwandlung befindlichen Kapitalgesellschaft geht "einschließlich der Schulden als Ganzes in einem einzigen Rechtsakt kraft Gesetzes auf den anderen Rechtsträger - die Personengesellschaft - über". Einzelübertragungen auf die Gesellschafter und die sich daran anschließende Einbringung der Vermögensgegenstände in die Personengesellschaft entfallen hier also. Dabei erlischt die sich umformende Kapitalgesellschaft ohne Abwicklung im Augenblick der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses.

3) Handelsrechtliches Umwandlungsgesetz v.5.7.1934 und 17.5.1935

Ursprünglich sah das handelsrechtliche Umwandlungsgesetz vom 5.7.1934 allein die hundertprozentige Beteiligung aller Kapitalgesellschafter an der neuen Personengesellschaft vor. Entweder besaß dabei die bereits bestehende Personengesellschaft sämtliche GmbH-Anteile bzw. Aktien der untergehenden Kapitalgesellschaft oder die Personengesellschaft wurde erst gegründet. Im letzten Fall wurden die ehemaligen Anteilseigner insgesamt wieder Gesellschafter der neuen OHG oder KG. Insoweit wurden die vollen Rechte aller alten Gesellschafter gewahrt, und es stand keine Abfindungsfrage zur Diskussion.

Hier hatte der Gesetzgeber zunächst bestimmte umwandlungsreife Unternehmen im Auge, bei denen an dem Zustandekommen eines einheitlichen Umwandlungsbeschlusses kaum zu zweifeln war [1]. Insbesondere handelte es sich dabei um "lebende Unternehmungen", deren Inhaber infolge der auf Beseitigung der "Anonymität" hinzielenden Wirtschaftspropaganda zu dem Schritt der Umwandlung bereit waren oder die allein wegen der neuerdings je nach der Rechtsform unterschiedlichen Steuerbelastung der Betriebserträge die Rechtsform der Personengesellschaft oder des Einzelunternehmens annehmen wollten [2]. Weiter wurden Vermögensverwaltungs-Gesellschaften und darunter die Grundstücksgesellschaften, deren Zweck in der unmittelbaren Überlassung der verwalteten Grundstückswerte an die Gesellschafter bestand, als umwandlungsreif angesehen [3]. Eine Umwandlung lag ebenfalls bei völlig abhängigen Konzerngesellschaften nahe, die ihren Fortbestand nur der Umständ-

---

1) So Frank, E.: Die angemessene Abfindung der Minderheitsaktionäre bei der Umwandlung von Aktiengesellschaften kraft Mehrheitsbeschlusses, BkA 1938, S.641

2) Herbig, Zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, BkA 1938, S.267

3) Herbig, a.a.O., S.267

lichkeit und den Kosten ihrer Beseitigung verdankten [1].

In den vorgenannten Fällen wurden jedoch Umwandlungsbeschlüsse vereinzelt durch Gegenstimmen vereitelt. Dadurch hätte die Zielsetzung des nationalsozialistischen Gesetzgebers gefährdet werden können. Deshalb führte die dritte Durchführungsverordnung zum handelsrechtlichen Umwandlungsgesetz die Umwandlung kraft Mehrheitsbeschlusses ein. Danach konnten Umwandlungen jetzt mit einer Mehrheit von über 75 % des gesamten Grund- oder Stammkapitals rechtskräftig beschlossen werden. Der ausscheidenden kapitalmäßigen Minderheit wurde nach dieser Durchführungsverordnung ein Anspruch auf "angemessene Abfindung unter Berücksichtigung des Wertes der Anteile" zugesichert [2].

Neben dem Ausschluß der Liquidation und der Möglichkeit, Minderheitsgesellschafter "angemessen" [2] abzufinden, bot die nationalsozialistische Umwandlungsgesetzgebung den verbleibenden Gesellschaftern weitere Vergünstigungen auf handelsrechtlichem und steuerlichem Gebiet. Die Eintragung in das Handelsregister war bei der Übernahme des Gesellschaftsvermögens in eine Personengesellschaft gebührenfrei. Zum größten Teil fielen die an den Übergang des Vermögens der Kapitalgesellschaft geknüpften Verkehrsteuern für die am 1.7.1934 (Stichtag) bestehenden Unternehmen fort. Nur zu einem Drittel wurden Einkommensteuer, Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer erhoben, soweit sie aus der Übertragung entstanden.

Diese Erleichterungen konnten jedoch dann entfallen, wenn juristische Personen an der umgewandelten Per-

---

1) Herbig, a.a.O., S.267

2) vgl.zur "angemessenen" Abfindung die Exkursbemerkungen von S.14 bis S.23

sonengesellschaft beteiligt wurden[1]. Mit dieser Bestimmung wollte man eine mögliche Ausnutzung der Umwandlungsgesetzgebung vermeiden, die nicht mit dem Zweck der Vergünstigungen in Einklang gestanden hätte.

---

1) vgl.Zintzen,H.: Weitere Fragen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach DMBilErgG. FR 1951, S.71 f.;
Nach § 1o der ersten Durchführungsverordnung zum Umwandlungsgesetz bezieht sich das Verbot der Beteiligung einer juristischen Person an der neu zu errichtenden Personengesellschaft nur auf den Fall der errichtenden Umwandlung.(Siehe unten die Erläuterung der Begriffe "übertragende", "errichtende" und "verschmelzende" Umwandlung). Die verschmelzende Umwandlung, bei der das Vermögen der sich auflösenden Kapitalgesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf eine bereits bestehende Personengesellschaft übergehen konnte, war nach § 11 der ersten Durchführungsverordnung zum Umwandlungsgesetz auch dann zulässig, wenn eine juristische Person an dieser Personengesellschaft beteiligt war. Damit war die Umwandlung auf eine schon bestehende GmbH & Co KG im Wege der Verschmelzung möglich.

Die oben genannten Begriffe werden von Böttcher-Meilicke, Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung, 4.Aufl., Berlin W 9 1937, S.1o ff. folgendermaßen definiert:

Die übertragende Umwandlung ermöglicht allgemein kraft Gesetzes den Übergang eines Gesellschaftsvermögens auf einen anderen Rechtsträger und zwar "in einem Beschluß und damit auf Grund der Eintragung dieses Beschlusses in das Handelsregister". Die Bezeichnung "übertragende Umwandlung" stammt von den Autoren selbst und ist als Oberbegriff für die beiden Verfahren der errichtenden und verschmelzenden Umwandlung gedacht. Erfolgt die Umformung der Gesellschaft im Rahmen der "errichtenden Umwandlung" so wird "an Stelle der umzuwandelnden Kapitalgesellschaft eine OHG, KG oder GmbH errichtet". Bei "verschmelzender Umwandlung" wird demgegenüber "das Vermögen der Kapitalgesellschaft auf den Allein- oder Hauptgesellschafter - mögen diese Einzelpersonen oder wiederum Kapitalgesellschaften sein - oder auf eine bestehende OHG oder KG übertragen".

c. Exkurs: Die mit der Durchführung der Umwandlung zusammenhängende Frage der "angemessenen" Abfindung ausscheidender Minderheitsaktionäre

In Verbindung mit der von den Nationalsozialisten geforderten Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften legten Schrifttum und Praxis der Frage der "angemessenen" Abfindung ausscheidender Minderheitsaktionäre vorrangige Bedeutung bei [1]. Da die nicht immer einheitlichen Ansichten über die Höhe der "angemessenen" Abfindung erstmals zur Zeit des Nationalsozialismus ausführlich im Schrifttum vorgetragen wurden, wird der ihrer Untersuchung gewidmete Exkurs bewußt in den geschichtlichen Teil der Arbeit eingegliedert.

Die Diskussion über die Höhe der "angemessenen" Abfindung solcher infolge Mehrheitsbeschlusses ausscheidenden Minterheitsaktionäre ist auch im gegenwärtig (1964) geltenden und praktisch angewandten Umwandlungsrecht wieder aufgelebt. Noch heute bieten die damals vertretenen Auffassungen, soweit sie auf einer wirtschaftlich vertretbaren Begründung aufbauten und nicht offensichtlich wirtschafts-

1) Schrifttum zur "angemessenen Abfindung":

Prion, W.: Zum Problem der angemessenen Abfindung der ausscheidenden Aktionäre bei Umwandlung der Aktiengesellschaft in Personengesellschaften, ZfhF 1939, S.393 ff.
Walb, E.:Betrachtungen über Wertarten und stille Reserven im Zusammenhang mit der Frage der Bewertung der Gesellschafterabfindung, ZfhF 194o, S.1 ff.
Frank, E., BkA 1938, S.644
Herbig, BkA 1938, S.266 ff.
Böttcher-Meilicke, in Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung, Berlin 1937, S.164 f.
Krochmeier, F.: Die steuerpolitische Behandlung der Personengesellschaften gegenüber den Kapitalgesellschaften in der nationalsozialistischen Gesetzgebung, Dissertation, Bonn 194o.
Buwert, H.: Das Problem der Abfindung der ausscheidenden Aktionäre bei der erleichterten Umwandlung, Der Wirtschaftstreuhänder 7.Jg. 1938, S.145 ff.
Diekmann, W.: Die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen bei der OHG, Dissertation, Göttingen 1936

politisch verfälscht wurden, durchaus geeignete Ansatzpunkte für eine sachlich vernünftige Vermittlung in Streitigkeiten über Fragen der Bewertung von Unternehmen oder Unternehmensteilen.

Solche Streitfälle, die damals - wie auch heute - mit dem Fehlen von gesetzlichen Richtlinien für die Wertermittlung der "angemessenen" Abfindung zu erklären waren, boten in erster Linie dem betriebswirtschaftlichen, aber auch dem juristischen Schrifttum Anlaß, sich mit dieser Frage zu beschäftigen [1]. Bei der Beurteilung desselben Abfindungsfalles wichen meist auch die Ansichten der verschiedenen Gutachter deutlich voneinander ab. Man bediente sich unterschiedlicher Verfahren, nach denen die Ermittlungs- und Berechnungsgrundlagen keineswegs von jedem einheitlich beurteilt wurden. Dazu kam oft noch eine mit der Auftragserteilung zusammenhängende subjektive Einschätzung von Abfindungsschuldner oder Abfindungsberechtigtem.

Prion zog für die Ermittlung des Abfindungsangebotes den § 738 BGB als Rechtsgrundlage heran [2]. Dementsprechend sollte die angemessene Abfindung nach dem Wert bemessen werden, der sich bei der Veräußerung der Unternehmung im ganzen ergeben hätte. Damit meinte er nicht das Ergebnis aus einer Einzelveräußerung der Vermögensgegenstände. Maßgebend war nach Prion in der Regel vielmehr der Ertragswert. Dieser "umfaßt neben den Teilwerten der einzelnen Vermögensbestandteile auch noch den Firmenwert (Differenz zwischen Ertrags- und Substanzwert)" [2]. Der Substanzwert war nach Prions Auffassung ein Reproduktionskostenwert in Höhe des Substanzwertes einer auf den Abfindungszeitpunkt fiktiv neu zu errichtenden Unternehmung abzüglich

---

1) siehe Seite 14 Fußnote 1)

2) Prion, W., a.a.O., S.394

der nach dem Prinzip der Wert- und Substanzerhaltung dieser Unternehmung zu berechnenden Abschreibungen ("Reproduktionskostenneuwert")[1].

Auf der Einheit von Substanzwert und Firmenwert baute Prion also seine Berechnung zur Ermittlung des auf die Minderheitsaktionäre entfallenden Abfindungswertes auf. Dabei wendete er sich mit Nachdruck gegen ein schematisches Verfahren, wie es sich Finanzverwaltung und weite Kreise der Praxis zu eigen gemacht hätten, indem sie den Firmenwert ohne Rücksicht auf besondere Umstände aus der Hälfte der Differenz zwischen Ertragswert und Reproduktionskostenwert ableiten wollten.

Auch der Umwandlungsbilanzkurs war nach Prion [1] gewöhnlich nicht für die Festsetzung des Abfindungsangebotes maßgebend. Keinesfalls aber könne sich das Abfindungsangebot aus dem Jahresabschlußbilanzkurs ergeben, da schon die Umwandlungsbilanzwerte infolge der Inanspruchnahme der steuerlichen Erleichterungen über den Werten der letzten vorangegangenen Jahresabschlußbilanz lägen. Die Umwandlungsbilanz als Abschlußbilanz der Kapitalgesellschaft und Eröffnungsbilanz der Personengesellschaft sei selten zugleich auch eine Abfindungsbilanz. Für eine solche könne sie höchstens die untere Grenze bilden. Die Umwandlungsbilanz hatte nach Prion für die Ermittlung des Abfindungsangebotes bzw. -Anspruchs ausnahmsweise dann Bedeutung, wenn in ihr die Vermögenswerte zum Teilwert angesetzt wurden. Aus diesen Wertansätzen könne man nach Berücksichtigung des Firmenwertes schließlich zum Ertragswert gelangen, auf den der Ausscheidende anteilsmäßig Anspruch habe. Letztlich sei aber in der Umwandlungsbilanz ein Ansatz zum vollen Teilwert kaum

---

1) Prion, W., a.a.O., S.394

denkbar[1]. So müsse das Abfindungsangebot regelmäßig den Umwandlungsbilanzkurs übersteigen, wenn der ausscheidende Aktionär nicht übervorteilt werden solle.

Den Börsenkurs als Anhaltspunkt für den Wert einer gerechten Abfindung ausscheidender Minderheitsaktionäre lehnte Prion entschieden ab [2]. Infolge der starken Wandlung der Börsen in der Neuzeit könne der dort notierte Kurs mit dem Wert der Aktien nicht mehr übereinstimmen.

Ebenso wie Prion sahen Böttcher-Meilicke [3] im Ertragswert der Unternehmung die Grundlage des Abfindungsanspruches. Dabei waren sie sich der Zukunftsabhängigkeit eines solchen "Vielleicht-Wertes" durchaus bewußt. Zur Ermittlung des Abfindungsanspruches könne man aber weder den Liquidationswert noch den Kurswert heranziehen. Der Ausscheidende solle nämlich das erhalten, "was die gesellschaftliche Beteiligung an dem arbeitenden Unternehmen wert" sei. Deshalb müsse der Wert des Gesellschaftsvermögens als lebendiges Ganzes und als wirtschaftliche Einheit unter Berücksichtigung des "inneren Geschäftswertes" zugrunde gelegt werden.

Bei der Umwandlung von Aktiengesellschaften mit börsennotierten Anteilen sollte nach Buwert die "angemessene Abfindung" nach dem letzten Kurswert der Aktien bemessen werden [4]. Der Wert solcher Aktien sei immer gleich dem Kurswert, d.h. dem Marktwert [4].

Diese Ansicht Buwerts konnte sich nur auf wenige Umwandlungsfälle beschränken. Große Publikumsaktiengesellschaften kamen für die Umwandlung sicherlich nicht in Frage, da sich der nationalsozialistische Gesetzgeber bei Unternehmen auf breiter geldlicher

---

1) Prion, W.: a.a.O., S.394. Er sieht den Grund in geschäftspolitischen Erwägungen, steuerlichen Rücksichten und ferner darin, daß kurzlebige Wirtschaftsgüter im Rahmen der Umwandlung nicht aufgewertet wurden.
2) Prion, W.: a.a.O., S.394, mit Vorbehalten auch Herbig, a.a.O., S.270
3) Böttcher-Meilicke, a.a.O., S.164 f.
4) Buwert, H.: a.a.O., S.148; ebenso Rieger, W., zitiert bei Walb a.a.O., S.12

Grundlage mit dieser Rechtsform abfinden mußte. Eine Umwandlung kraft Mehrheitsbeschlusses war demgegenüber bei kleinen und mittelgroßen Aktiengesellschaften denkbar, deren Effekten noch von einer früheren Zulassung her vereinzelt an der Börse vertreten waren. Besonders bei diesen Aktiengesellschaften der unteren Größenordnung vollzog sich meist im Laufe der Zeit eine Zusammenführung von Aktienbesitz in wenige Hände. Der Mehrheitsbeschluß wurde dann von einer herrschenden Aktionärsgruppe ausgesprochen. Folglich bestimmte sich dieser Börsenkurs vielfach nach einer in der Minderheit befindlichen freien Spitze von Aktien. Ein sich aus dem Verkehr dieser frei gehandelten Effekten ergebender Kurs konnte aber nur eine sehr ungenaue und oft ungerechte Grundlage für die Ermittlung der Abfindung bilden. Die herrschende Aktionärsgruppe oder ein Mehrheitsaktionär konnten nämlich schon lange vor Bekanntgabe des Umwandlungsbeschlusses darauf hinarbeiten, daß der für das Abfindungsangebot maßgebliche letzte Börsenkurs möglichst niedrig ausfiel.

Eine ähnliche Auffassung wie Buwert vertrat auch Rieger [1]. Danach sollte der Ausscheidende nur das erhalten, was er tatsächlich aufgab. Das war nach Meinung von Rieger der Kurswert [2]. Dem muß entgegengehalten werden, daß Minderheitsaktionäre durchweg nicht etwa freiwillig ihre Stellung aufgaben. Allgemein ist der Aktionär im freien Börsenspiel zwar auch Eigentümer der Gesellschaft. Wenn er sich durch Verkauf der Papiere von seiner Unternehmung trennen will, kann er aber nicht mehr als den bei einer Veräußerung der Aktie üblicherweise erzielbaren Kurs verlangen. Ansprüche gegen die Gesellschaft auf

---

1) Rieger, W. zitiert bei Walb a.a.O., S.12

2) Nach der neuerdings von Busse von Colbe vertretenen Auffassung soll ebenfalls der "Börsenkurs" als die allein vernünftige Grundlage für die Bemessung der Abfindung ausscheidender Minderheitsaktionäre anzusehen sein.(Busse von Colbe, Zur Maßgeblichkeit des Börsenkurses für die Abfindung ausscheidender Aktionäre,in Die Aktiengesellschaft 1964, S.263 ff.)

Vergütung von noch in der Unternehmung steckenden und im Kurse nicht berücksichtigten stillen Reserven hat er beim freiwilligen Verkauf nicht.

Anders sah es gewöhnlich bei der Enteignung des Aktionärs auf Grund des von der qualifizierten Mehrheit des stimmberechtigten Grundkapitals herbeigeführten Umwandlungsbeschlusses aus. "Die Aktionäre konnten dabei kaum ein Interesse daran haben, ihr auf die Einlage begrenztes Risiko in ein unbegrenztes Kapitalrisiko umzuwandeln"[1]. Sie befanden sich vielmehr in einer Zwangslage, "weil sie durch einseitige Willenserklärung des oder der Mehrheitsaktionäre gezwungen wurden, Vermögenswerte aufzugeben"[2].

Nach Auffassung Riegers war der Aktionär in erster Linie Eigentümer der Aktie[3]. Deshalb sollte den ausscheidenden Aktionären, ungeachtet aller Unsicherheitsfaktoren, die den Kurswert der Aktie ständig beeinflussen, der gerade im Umwandlungszeitpunkt gültige Kurswert als Marktwert ihres Eigentums vergütet werden.

Zumindest rechtlich erschien diese Ansicht nicht voll haltbar. Auch wirtschaftlich setzte eine Abfindung zum letzten Börsenkurs den Aktionär oft hilflos der Willkür von Machtgruppen aus, die auf das Börsengeschehen durch zweckbetonte Kursbeeinflussung einwirken konnten. Der nur zu einem Zwerganteil beteiligte Minderheitsaktionär war immerhin noch Miteigentümer an der hinter der AG stehenden Unternehmung. Diese Stellung des Ausscheidenden hätte vom Standpunkt einer objektiven Rechtsanwendung voll berücksichtigt werden müssen, wenn man schon einer qualifizierten Aktionärsmehrheit das Recht zugestand,

---

1) Buwert, H., a.a.O., S.145
2) Frank, E., a.a.O., S.643
3) Eine ähnliche Auffassung vertritt heute Rittershausen, H.: Industrielle Finanzierungen, Wiesbaden 1964, S.59 f. Er beantwortet die Frage nach der Stellung des Aktionärs als Miteigentümer am Unternehmen insofern negativ, als er darauf verweist, daß die Aktionäre nicht an ihr Eigentum heran könnten. Sie hätten also kein Eigentum an den Fabrikanlagen selbst. Sie hätten lediglich ein Wertpapier.

kraft Umwandlungsbeschlusses die Minderheit von der neuen Gesellschaft auszuschließen. Die Abfindungsberechnung hätte demzufolge immer vom Ertragswert der lebenden Unternehmung ausgehen müssen, an der der Minderheitsaktionär genauso wie die Mehrheit beteiligt war.

Angesichts der auseinandergehenden Meinungen über die Frage des Wertes der angemessenen Abfindung hielt Walb einen Mittelweg für vernünftig [1]. Gegenüber einer Beteiligung der ausscheidenden Minderheitsaktionäre an allen einer rechnerischen Ermittlung zugänglichen stillen Reserven und am vollen Firmenwert machte er vorsichtige Einschränkungen. Im Gutachten Prions sah er sogar ein Parteigutachten, welches sich auf einen viel zu hoch kapitalisierten Ertragswert stützte. Daher glaubt er, einige Ergänzungen machen zu müssen.

Zunächst suchte Walb Anhaltspunkte in herkömmlichen Abfindungsklauseln aus Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften. Dies sei deshalb zweckmäßig und folgerichtig, weil auch die Abfindungsrechtsprechung ähnlich vorgegangen sei [2]. Ebenso hatte Prion den § 738 BGB als Rechtsgrundlage für die Wertermittlung der angemessenen Abfindung herangezogen [3]. Bei den Personengesellschaften stellten die Abfindungsklauseln sehr häufig auf Bilanzwerte ab. Darin sah Walb die einfachste Regelung. Sie erschien ihm jedoch nicht immer geboten, weil dem Ausscheidenden dabei die stillen Reserven verloren gingen [4]. Abfindungen nach Bilanzwerten vollzogen sich auf der Grundlage freier Vertragsvereinbarungen, die von den gesetzlichen Normbestimmungen abwichen. Bei Personengesellschaften, wie auch im Fall des Ausscheidens von Minderheitsaktionären wurden solche Abmachungen jederzeit als zulässig angesehen, wenn

1) Walb, E., a.a.O., S.1 ff.
2) Abfindungsrechtsprechung zur Auslegung der §§ 738 BGB; 1o5 Abs.2; HGB, dazu: RGZ 1o6,131; 167,26o; neuerdings ähnlich BGH 17, 136
3) Prion, W., a.a.O., S.394
4) Walb, E., a.a.O., S.11

sich die Partner in freier Übereinstimmung damit einverstanden erklärt hatten [1]. Bei unklarer oder nicht zustande gekommener Vertragsvereinbarung vertrat die Rechtsprechung ursprünglich jedoch den Standpunkt, "die Abfindung nach dem Wert des lebenden Geschäfts vorzunehmen" [2]. Die Einzelwerte sollten dann addiert werden und ein gegebenenfalls selbständig ermittelter Firmenwert hinzugerechnet werden.

Walb erschien allerdings die Abfindung nach dem Anteil am vollen Wert des "lebenden Geschäfts" zu hoch. Er wollte dabei berücksichtigt wissen, "daß es sich hier um die Abfindung von Minderheitsbeteiligungen" handelte [3]. Die Ansprüche solcher Gesellschafter waren seiner Auffassung nach nicht identisch mit dem auf sie entfallenden rechnungsmäßigen Bruchteil am Wert der Unternehmung im ganzen. Dementsprechend mußte nach Walb die Höhe des Abfindungsangebotes unter dem anteilmäßigen Ertragswert der Unternehmung liegen."Billigerweise kann nämlich niemand mehr als Abfindung beanspruchen, als er besessen hat"[4].

Die vom Nationalsozialismus beeinflußte Rechtsprechung schraubte schließlich die Ansprüche der Ausscheidenden stark zurück. Dabei sollten vor allem die Belange der Unternehmung gewahrt werden. Ihre insofern meist gegen ausscheidende Minderheitsgesellschafter gerichtete Haltung begründeten jene Richter dann gern mit der Notwendigkeit, daß der Unternehmung "im Hinblick auf Vierjahresplan und Wehrwirtschaft" die bis dahin angesammelten stillen

---

1) Böttcher-Meilicke a.a.O., S.163

2) Walb,E. a.a.O., S.11

3) Walb,E. a.a.O., S.13

4) Um nicht mißverstanden zu werden,fügte Walb, E. a.a.O.,S.13,dann seinen Bemerkungen hinzu: "Daß ich keiner Entrechtung der Minderheiten das Wort rede, dürfte die Gesamtdarstellung dieser Betrachtung .... klar machen".

Reserven nicht entzogen werden dürften[1].

Mit solchen Begründungen und Praktiken löste sich diese Rechtsprechung, bei der besonders die Berliner Spruchstellen mitwirkten, weitgehend von allgemein anerkannten betriebswirtschaftlichen Bewertungsgrundsätzen. Angesichts dieser Entwicklung versicherte Walb, daß er persönlich eine zu stark vereinfachende Auffassung des Abfindungsvorganges ablehne[2]. Man könne auch noch nicht ganz sicher voraussehen, ob eine solche Rechtsprechung in Zukunft die Beurteilung aller gesellschaftsrechtlichen Abfindungsfragen bestimmen würde. Grundsätzlich stimmte er dann aber doch der neuen Haltung zu:

"Es besteht nun einmal ein wesentlicher materieller Unterschied, je nachdem, ob zwei Personen sich gegenseitig einen Geschäftsanteil oder eine Unternehmung abkaufen oder ob eine Unternehmung genötigt ist, Mittel zu Abfindungszwecken auszuschütten".

Hier ließ Walb jedoch außer acht, daß nach allgemeiner Ansicht des Schrifttums nicht etwa die Unternehmung, sondern die Hauptgesellschafter als Abfindungsschuldner galten[3]. Dementsprechend durfte das Abfindungsangebot sich allgemeinen Rechtsgrundsätzen zufolge weder an der Liquidität noch an der Vermögenslage der Unternehmung orientieren[4]. Besonders der Hinweis auf die mangelnde Flüssigkeit der umgewandelten Gesellschaft konnte in keinem Fall eine Abfindung unter Pari rechtfertigen[5]. Deshalb mußte es "den abfindenden Aktionären überlassen bleiben, wie sie Mittel für die Zahlung der Abfindungssummen" auftrieben[6].

---

1) Als Beispiel für die damals häufig anzutreffende Form der Urteilsbegründung, vor allem von Richtern der Berliner Spruchstellen, bei Walb,E. a.a.O., S. 644 erwähnt.

2) Walb, E. a.a.O., S. 13

3) Herbig, a.a.O., S. 270; Frank, E. a.a.O., S.644; Prion, W. a.a.O., S. 393

4) Frank, E. a.a.O., S. 644

5) Prion, W. a.a.O., S. 393

6) Frank, E. a.a.O., S. 644

Zur Erfüllung des Abfindungsanspruches hätten die Schuldner beispielsweise auf ihr Privatvermögen zurückgreifen, Bankkredite in Anspruch nehmen oder Kreditvereinbarungen mit den Abfindungsgläubigern treffen können.

d. Abschließende Beurteilung der Auswirkungen der nationalsozialistischen Umwandlungsgesetzgebung

Die Entwicklung und Handhabe des handelsrechtlichen Umwandlungsgesetzes von 1934 zeigen deutlich, wie die nationalsozialistischen Machthaber bei der Verwirklichung ihrer Absichten vorgingen[1]:

Zunächst forderte man in schlagwortartigen, parteipolitisch gefärbten Parolen aber noch ohne empfindliche Gewaltanwendung die "scharfe Abkehr von der

1) Das zeigen z.B. die Auffassungen von Schlegelberger, F.: Zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, DJ 1936, S. 1649:
"Daß man bei dieser Bereinigung auf die Dauer nicht ohne gesetzlichen Zwang auskommen werde, war vorauszusehen. Immerhin empfahl es sich, zunächst den beteiligten Wirtschaftskreisen selbst die Möglichkeit zu bieten, Kapitalgesellschaften, deren Aufrechterhaltung unerwünscht schien, ohne allzu große Schwierigkeiten in Personengesellschaften oder Einzelfirmen umzuwandeln".
Sehr anschaulich schildert auch Großmann-Doerth, "Kampf um die Einmanngesellschaft mbH", die Entwicklung des Kampfes gegen die Kapitalgesellschaften: "Dieser Kampf ging an mit sanftem Zureden zur Umwandlung, ging 1934 zu gesetzlichen zivil- (Umwandlungsgesetz v. 5.7.1934) und steuerrechtlichen (Umwandlungssteuererleichterungsgesetz v. 7.7.1934) Erleichterungen der Umwandlung über und steigerte sich 1936/37 zu scharfem politischen, wirtschaftlichem und moralischem Druck, zu der so begründeten, also als Kampfmittel, Strafe gedachten Erhöhung der Körperschaftsteuer im August 1936 (Körperschaftsteuernovelle v. 27.8.1936) und zu der Einengung des Bereichs des Mindestnennkapitals im Aktiengesetz vom Januar 1937, amtlich mit der grundsätzlichen Unerwünschtheit der Kapitalgesellschaft begründet".

anonymen Rechtsform und eine Herausstellung der Persönlichkeit des Führers"[1]. Auf solche Kampfansagen gegen die anonyme Gesellschaftsform folgten aber noch nicht sogleich allzu unerträgliche gesetzliche Diskriminierungen der Kapitalgesellschaften. Vorerst sollten die Rechte aller alten Gesellschafter noch voll berücksichtigt werden.

Nachdem man allerdings keinen ernsthaften Widerstand gegen die in dieser Weise eingeleitete Umwandlungswelle vorfand, andererseits aber doch durch Gegenstimmen vereinzelt Umwandlungen verhindert wurden, nahm man Eingriffe in die Rechte der Minderheitsaktionäre vor. So wurden diese offensichtlich in eine Zwangslage gedrängt, wenn sie nach der dritten Durchführungsverordnung zum handelsrechtlichen Umwandlungsgesetz durch einseitige Willenserklärungen der qualifizierten Mehrheit des Grundkapitals veranlaßt werden konnten, Vermögenswerte aufzugeben[2].

Der Gesetzgeber hatte keine konkreten Vorschläge ausgearbeitet, nach denen sich die betroffenen Gesellschafter bei der Ausgestaltung der neuen Personengesellschaft hätten richten können. Daher mußten sie die Abstimmung zwischen rechtlichem und wirtschaftlichem Inhalt der neuen Unternehmungsform trotz oftmals erwiesener Unerfahrenheit auf diesem Gebiet meist selbständig treffen.

Dies erschien besonders deshalb schwierig, weil die Frist für die Inanspruchnahme der Umwandlungs-

---

1) Krochmeier, F.: Die steuerpolitische Bedeutung der Personengesellschaften gegenüber den Kapitalgesellschaften in der nationalsozialistischen Gesetzgebung, Dissertation, Bonn 1940, S. 8

2) Frank, E. a.a.O., S. 643

vergünstigungen knapp bemessen war[1]. Insofern fehlte zu eingehenden Beratungen, die jedem Rechtsformenwechsel vorauszugehen pflegen, die erforderliche Zeit. Dabei kündigte sich immer deutlicher die Gefahr handelsrechtlicher und steuerlicher Druckmaßnahmen an, die in ihren Auswirkungen die Lebensfähigkeit kleiner und mittelgroßer Kapitalgesellschaften bedrohen konnten.

Um dem zu entgehen, beugten sich viele Unternehmer dem Willen des nationalsozialistischen Gesetzgebers und wandelten ihre Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft um[2]. Damit hatte sich formell

---

1) vgl. Böttcher-Meilicke, Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung, Berlin 1937, S. 14 Die steuerlichen Erleichterungen waren bis zum 31.12.1937 zeitlich begrenzt, während das handelsrechtliche Umwandlungsgesetz bis zum 31.3.1941 befristet war, aber schließlich auf unbegrenzte Dauer verlängert wurde.

2) vgl. die folgende zusammenfassende Statistik aus "Wirtschaft und Politik" 1935, S. 75:

| Entwicklung des Unternehmungs-Bestandes | Aktiengesellschaften | | Gesellschaften mbH | |
|---|---|---|---|---|
| | Gründungen | Umwandlungen in Einzelunternehmungen u. Personengesellschaften | Gründungen | Umwandlungen in Einzelunternehmungen u. Personengesellschaften |
| 1932 | 80 | - | 4045 | - |
| 1933 | 95 | - | 3283 | - |
| 1934 | 61 | 41 | 2317 | 85 |
| 1935 | 41 | 315 | 1495 | 1972 |
| 1936 | 37 | 307 | 1733 | 2387 |
| 1937 | 24 | 721 | 782 | 6149 |
| 1938 | 20 | 267 | 577 | 2752 |

Insgesamt wurden bis Ende 1938 14.996 Kapitalgesellschaften in Einzelunternehmungen oder Personengesellschaften umgewandelt. Die amtliche Statistik der Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften endet mit dem Jahre 1938. Ihren Höhepunkt erreichte die Umwandlungswelle im Jahre 1937 mit 6.870 Umwandlungen.

die Abkehr von der anonymen Gesellschaftsform vollzogen. Nach Ansicht Würdingers stellte die Personengesellschaft nicht nur für kleine, sondern auch für mittelgroße Unternehmungen mit schon relativ hohem Eigenkapitalbedarf, vor allem für Familiengesellschaften solcher Art eine durchaus brauchbare und anpassungsfähige Rechtsform dar[1].

Wenn ehemalige Anteilseigner ihre Kapitalgesellschaft als Vorzug empfunden hatten, lag jetzt für sie der Versuch nahe, das Element der Haftungsbeschränkung und der Fungibilität der Beteiligungen auf die neue Personengesellschaft zu übertragen. Insofern schlichen sich bereits damals Wesenszüge einer "kapitalistisch anonymen Organisation" in das vorwiegend dispositive Recht der Personengesellschaft ein.

Diese Entwicklung stand tatsächlich nicht in Einklang mit der wirtschaftspolitischen Konzeption der nationalsozialistischen Machthaber. Mit Hilfe der Umwandlungsgesetzgebung drängten sie zwar den Einfluß der "anonymen Kapitalgesellschaften" zurück. Sie wandten sich aber erst dann gegen die Entstehung von kapitalistisch organisierten Kommanditgesellschaften, wenn diese mit Hilfe von leicht veräußerlichen Kommanditbeteiligungen neues Kapital aufnehmen wollten. Allgemein wurden damals nämlich Gestaltungen abgelehnt, die einen unkontrollierten Zugang zum Kapitalmarkt ermöglicht hätten[2].

---

1) Würdinger, H. a.a.O., S. 12

2) Boesebeck, E.: Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt 1938, S. 47 f.

Deshalb sollte man übertragbare Kommanditbeteiligungen nach Boesebeck daraufhin kontrollieren, ob sie etwa "in Richtung eines Aktienersatzes für den Kapitalmarkt mißbraucht" würden[1].

## III. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften unter dem Einfluß der D-Mark Bilanzgesetzgebung

Mit dem D-Mark Bilanzgesetz entstand kein selbständiges Umwandlungsrecht. Das handelsrechtliche Umwandlungsgesetz von 1934 war formell immer noch in Kraft und das D-Mark Bilanzgesetz verwies zur Regelung der "übertragenden" Umwandlung auf diese Bestimmungen[2]. Vor allem mit seinen steuerlich wirksamen Bewertungsvorschriften verlieh das D-Mark Bilanzgesetz dem alten nationalsozialistischen Umwandlungsrecht wieder materielle Bedeutung. Darüber hinaus sah das D-Mark Bilanzgesetz bilanzmäßige und handelsrechtliche Erleichterungen für die "übertragende Umwandlung vor. Diese Vergünstigungen sollten solchen Kapitalgesellschaften zugute kommen, die im Rahmen der nach § 44 DMBilG erfolgenden Neufestsetzung der Nennkapitalien die erforderlichen Mindestbeträge[3] in DM nicht mehr aufbringen konnten. Gesellschaften dieser Größenordnung hätten ohne die Geltung von Umwandlungserleichterungen möglicherweise aufgelöst werden müssen.

---

1) Boesebeck, E. a.a.O., S. 62

2) gem.§ 45 u. § 73 DMBilG, sowie §§ 7 Nr. 5; 8; 9; 10; 11; DMBilErgG; siehe zum Begriff "übertragende" Umwandlung, Anm. 1 S. 13

3) gem. §44 DMBilG betrug zunächst das neue Mindestnennkapital für die AG DM 50.000.-- und für die GmbH DM 5.000.--

Das späte Inkrafttreten des D-Mark Bilanzgesetzes (31.8.1949) gefährdete angesichts des auf den 21.6.1948 festgelegten Stichtages für die Aufstellung der Eröffnungsbilanz die Ermittlung verläßlicher Wertansätze, auf denen spätere Handels- und Steuerbilanzen aufbauen sollten[1]. Bei Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften schien es nach der ersten Fassung dieses Gesetzes ohne weiteres möglich, den Stichtag der Umwandlungsbilanz ebenfalls auf den 21.6.1948 zu verlegen. Eroffnungsbilanz und Umwandlungsbilanz waren in diesen Fällen identisch. Solche Umwandlungen konnten zwar schon sehr bald nach dem Währungsstichtag beschlossen werden. Der Vollzug solcher Beschlüsse durch Eintragung im Handelsregister mußte jedoch zumindest bis zum Inkrafttreten des D-Mark Bilanzgesetzes (31.8.1949) ausgesetzt werden. Dabei brauchte im Falle der beschlossenen Umwandlung eine Neufestsetzung der Kapitalverhältnisse nicht zu erfolgen und die Eröffnungsbilanz der Kapitalgesellschaft konnte nach den für die neue Rechtform geltenden Vorschriften aufgestellt werden[2].

Somit war beispielsweise eine Aktiengesellschaft in ihrer Eröffnungsbilanz und den darauf aufbauenden Bilanzen bis zur Eintragung des Umwandlungsbeschlusses an besondere Gliederungsvorschriften nicht mehr gebunden[3]. Anstelle der offenen Rücklagen und des festen Grund- oder Stammkapitals konnte das Reinvermögen der Kapitalgesellschaft in einem Betrag ausgewiesen werden[4]. Diese

---

1) siehe Zintzen, H.: Weitere Fragen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem DMBilErgG, FR 1951, S. 74

2) gem. § 45 DMBilG

3) so Vogel, Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem D-Mark Bilanzergänzungsgesetz, BB 1951, S. 33

4) vgl. Vogel a.a.O., S. 33

Bilanzierung, die den Kapitalgesellschaften eigentlich fremd ist, konnte damals oft mehrere Jahre lang fortgeführt werden. Deshalb wurden in Schrifttum und Rechtsprechung erhebliche Zweifel an der Zulässigkeit der handelsrechtlichen Rückwirkung von Umwandlungen geäußert[1].

Mit dem D-Mark Bilanzergänzungsgesetz (Inkrafttreten am 29.12.1950) wurde von Ende 1950 an die Möglichkeit der handelsrechtlichen Rückwirkung von Umwandlungen weitgehend eingeschränkt[2]. Danach mußte die übertragende Umwandlung der Kapitalgesellschaft spätestens zugleich mit der Feststellung der Eröffnungsbilanz beschlossen werden. Der Stichtag für die Umwandlungsbilanz durfte jedoch höchstens 4 Monate vor dem Tag der Eintragung der Umwandlung liegen. Mit dieser Vorschrift war die Rückwirkung einer Umwandlung bzw. Rückbeziehung des Umwandlungsbilanzstichtages auf den 21.6.1948 unmöglich geworden. Die Steuervergünstigungen durften auch nur in Anspruch genommen werden, wenn die Umwandlung spätestens bis zum 30.6.1951 zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet wurde[3]. Somit konnten steuerbegünstigte Umwandlungen nach D-Mark Bilanzergänzungsrecht nur innerhalb eines halben Jahres vollzogen werden.

Die Steuervergünstigungen, die im Rahmen der D-Mark Bilanzgesetzgebung bei Umwandlungen gewährt wurden, erschienen beachtlich[4]. Bis zum Inkrafttreten des

---

1) vgl. Tietmann, Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft oder Einzelfirma nach dem 20.6.1948, FR 1950, S. 42; Moll, P.: Umwandlung zum D-Mark Bilanzstichtag, FR 1950, S. 52; Hoffmann, F.: Zur steuerlichen Rückbeziehung von Umwandlungen gem. § 45 DMBilG auf den 21.6.1948, FR 1950, S. 241 ff.; Gutachten des OFH vom 26.6.1950. FR 1950, S. 216

2) Die Neufassung des § 45 DMBilG erfolgte durch § 7 Nr. 5 DMBilErgG

3) gem. § 8 DMBilErgG

4) so Theis, J.: Ist die Umwandlung nach § 45 DMBilG n.F. wirklich eine einmalige Chance? FR 1951, S. 140

D-Mark Bilanzergänzungsgesetzes (29.12.1950) vermied man bei Umwandlungen die Auflösung stiller Reserven allgemein dadurch, daß infolge des gleichen Stichtages von D-Mark Eröffnungsbilanz und Umwandlungsbilanz in beiden Bilanzen die gleichen Wertansätze festgelegt wurden[1]. Ebenfalls blieb der Gewinn, der sich aus dem unterschiedlichen Wertansatz des anteiligen Betriebsvermögens der Kapitalgesellschaft einerseits und der Beteiligung beim Anteilseigner andererseits ergab, gem. § 73 DMBilG einkommensteuerfrei[2].

Mit dem Inkrafttreten des D-Mark Bilanzergänzungsgesetzes (am 29.12.1950) war eine Identität von Umwandlungsbilanz und Eröffnungsbilanz nicht mehr möglich. Deshalb hätte ohne die Geltung besonderer Steuervergünstigungen eine "totale Gewinnverwirklichung" stattfinden müssen[3]. Mit der Einführung der §§ 8 - 11 DMBilErgG konnten jedoch die bis dahin in der D-Mark Eröffnungsbilanz gebildeten stillen Reserven unaufgelöst fortgeführt werden. Ebenfalls ließen sich die auf Grund der Sonderabschreibungen nach den §§ 7a - e EStG und auf Grund der Abschreibungsfreiheit für geringwertige Wirtschaftsgüter gebildeten stillen Reserven unversteuert auf die Personengesellschaft übertragen[4]. Ähnliches galt auch für die Ermittlung der Einkommen- oder Körperschaftsteuer der Gesellschafter (natürliche oder juristische Personen). Nur der in der Zeit zwischen dem 21.6.1948 und dem Umwandlungsbilanzstichtag erzielte steuerliche Gewinn der untergehenden Kapitalgesellschaft konnte beim

---

1) vgl. Tietmann FR 1950, S. 42; Moll, P. FR 1950, S. 52

2) so Moll, P. FR 1950, S. 53 und Hoffmann, F. FR 1950, S. 243

3) Zintzen, H.: FR 1951, S. 6 weist dort auf Bilanzierungsgrundsätze hin, die der RFH zur Gewinnverwirklichung bei Umwandlungen ohne steuerliche Sondervergünstigungen aufgestellt hat, RFH in RStBl 1942, S. 911

4) vgl. Schmölder-Gessler-Merkle, D-Mark Bilanzergänzungsgesetz 1951, S. 136

Anteilseigner gem. § 10 Abs. 2 DMBilErgG zu einem Veräußerungsgewinn führen[1].

Die Umwandlung kleiner Kapitalgesellschaften mit wenigen Gesellschaftern führte zunächst nicht unbedingt zu einer geringeren finanziellen Belastung der neuen Gesellschaftsform. Im Rahmen der neuen Personengesellschaft erwartete die Gesellschafter eine sehr hohe Einkommensbesteuerung. Noch 1951 konnte die Einkommensteuer nämlich in ihren obersten Progressionsstufen an 92 % heranreichen[2]. Allerdings erzielten kleine Gesellschaften, die nicht einmal das nach § 44 DMBilG erforderliche Mindestkapital aufbringen konnten, niemals derartig hohe Gewinne, daß in nächster Zukunft eine Besteuerung zu so hohen Sätzen zu befürchten war. Das galt selbst noch dann, wenn sich das Einkommen auf nur wenige Gesellschafter verteilte. Als allerdings mit Wirkung für den Veranlagungszeitraum 1951 der Körperschaftsteuersatz von 50 % auf 60 % erhöht wurde, ohne daß man dabei einen Staffeltarif für niedrige Gewinne einführte, waren Personengesellschaften steuerlich oft bedeutend besser als Kapitalgesellschaften gestellt[3].

---

1) vgl. Schmölder-Gessler-Merkle, a.a.O., S. 140

2) vgl. die statistischen Angaben bei Böttcher, C.: Die Grundzüge der Regelung der steuerbegünstigten Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem Umwandlungssteuergesetz v. 11.10.1957, Stbj. 1957/58, S. 167; dort werden für die Jahre 1948/49 und 1955/57 folgende Steuersätze wiedergegeben:

| Zu versteuernder Einkommensbetrag | 1948/49 | 1955/57 |
|---|---|---|
| 20.000 | 43 % | 26.5 % |
| 100.000 | 75 % | 38.- % |
| 200.000 | 84 % | 45.- % |
| 500.000 | 90 % | 53.- % |
| 600.000 | 91 % | 55.- % |
| 615.000 | 92 % | 55.- % |

3) siehe § 19 KStG 1951

Vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus erschien die Zeitspanne von nur 6 Monaten, nämlich vom Inkrafttreten des D-Mark Bilanzergänzungsgesetzes an (am 29.12.1950) bis zum 30.6.1951, in der die Umwandlung noch unter Gewährung des Steuervergünstigungen vollzogen werden konnte, unangemessen kurz[1]. So warnte man im Schrifttum[2] vor überstürzt getroffenen Umwandlungen. Theis wies darauf hin, daß selbst nach Auslaufen der Steuervergünstigungen bei einer später noch erfolgenden Umwandlung die in der D-Mark Eröffnungsbilanz gebildeten stillen Reserven nicht aufgelöst zu werden brauchten. Darauf komme es letztlich entscheidend an. Somit könne man wenigstens abwarten, welche Änderungen die Steuerreform von 1951 auf dem Gebiet der Einkommensteuer- und Körperschaftsteuerbelastung der Gesellschaften bringe[3].

---

1) vgl. Zintzen, H. FR 1951, S. 8

2) vgl. Vogel BB 1951, S. 33; Theis, J. FR 1951, S. 140 f.

3) vgl. auch den Hinweis von Zintzen, H. in FR 1951, S. 8, der bereits eine Änderung des damals geltenden Tarifsystems voraussagte

## C. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften nach heute (1964) geltendem Recht

Zum besseren Verständnis des heute (1964) geltenden Umwandlungsrechts erfolgt der Hinweis auf die nur vorübergehend (von 1957 bis 1959) gültig gewesenen Umwandlungssteuervergünstigungen bewußt - anstatt im geschichtlichen Teil B - an dieser Stelle der Arbeit, nämlich in Verbindung mit der Darstellung der heute für die Vornahme von Umwandlungen gültigen Rechtsgrundlage. Die handelsrechtlichen und steuerlichen Gesichtspunkte der Umwandlung von Gesellschaften bilden eine Einheit, deren Erhaltung vor einem sonst etwa noch zweckmäßig erscheinenden Gliederungsprinzip den Vorrang haben muß.

### I. Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften nach den Bestimmungen der 1964 noch geltenden handelsrechtlichen Umwandlungsgesetzgebung und der mit dem 31.12.1959 ausgelaufenen steuerlichen Umwandlungsgesetzgebung

Die letzte handelsrechtliche (vom 12.11.1956) und steuerliche (vom 11.10.1957) Umwandlungsgesetzgebung wollte den Unternehmern eine neutrale Grundlage bieten, auf der sie ihre Entscheidungen über Beibehaltung oder Änderung der Gesellschaftsform treffen konnten. Im Gegensatz zu der tendenziösen Einstellung der Nationalsozialisten vermied diese Gesetzgebung jeden Anreiz zur Umwandlung in eine möglicherweise von Staatsseite aus für empfehlenswert gehaltene Rechtsform. Man wollte lediglich die Durchführung begründeter Umwandlungsabsichten erleichtern. Insofern standen hinter der steuerlichen Umwandlungsgesetzgebung von 1957 ganz andere rechtspolitische Erwägungen als hinter den entsprechenden Bestimmungen zur Zeit des Nationalsozialismus. Man hatte jetzt

erkannt, daß durch die vorausgegangenen auffälligen Systemwidrigkeiten in der Besteuerung der Gesellschaften zahlreiche Rechtsformen-Verzerrungen entstanden waren.

Das gegenwärtig noch geltende handelsrechtliche Umwandlungsgesetz von 1956 knüpft an die Erleichterungen des handelsrechtlichen Umwandlungsgesetzes von 1934 an. Die neuen Vorschriften sehen ebenfalls für die "übertragende Umwandlung" den Weg der Gesamtrechtsnachfolge vor[1]. Danach haften die neuen Personengesellschafter unbeschränkt mit ihrem gesamten Vermögen für die Schulden der untergegangenen Kapitalgesellschaft. Diese Haftung kann auch später nicht beschränkt werden.

Mehrheitsgesellschafter sind ähnlich wie schon zur Zeit des Nationalsozialismus berechtigt, die zu weniger als einem Viertel beteiligten Minderheitsaktionäre in "angemessener" Höhe abzufinden und somit von der Gesellschaft auszuschließen. In diesem Punkt enthält auch das heutige Umwandlungsgesetz die für unsere Rechtsordnung ungewöhnliche Ermächtigung zu einer privatrechtlichen Enteignung des Minderheitsaktionärs durch eine Gesellschaftergruppe, die über die qualifizierte Mehrheit verfügt. Deshalb strengte man zur Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen ein Normenkontrollverfahren an.

Bereits vor Abschluß der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes kam Hueck zu dem Ergebnis, daß die Verfassungsmäßigkeit der umstrittenen Bestimmung nicht in Abrede gestellt werden könne[2]. Er sah zwar

---

1) So Böttcher-Meilicke, Verschmelzung und Umwandlung von Kapitalgesellschaften, Berlin und Frankfurt a.M. 1958, S. 42, dort Hinweis auf § 1922 BGB.

2) Hueck, A.: Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Umwandlungsgesetzes, B. 1960, S. 375 ff.

ein, daß Umwandlungsbeschlüsse, die nach den §§ 9 und 15 UmwG zugelassen sind, erhebliche Eingriffe in die Rechte der Aktionäre darstellen konnten. Mitgliedschaftsrechte seien aber bei Mehrheitsherrschaft ähnlichen Einwirkungen immer schon ausgesetzt gewesen. Deshalb liege eine Verletzung der Eigentumsordnung nicht vor, "zumal die Aktionäre Anspruch auf volle Entschädigung haben". Die Möglichkeit von Mißbräuchen, die bei fast jedem Rechtsinstitut vorkämen, ließen aber nicht das Umwandlungsgesetz als solches verfassungswidrig erscheinen.

Trotzdem bestanden weiterhin erhebliche Zweifel, ob die fragliche Bestimmung mit der bundesdeutschen Verfassung, die eine privatrechtliche Enteignung nicht kennt, wirklich vereinbar ist[1]. Das Umwandlungsgesetz räumt hier einer kapitalmäßig stärkeren Gruppe das Recht ein, dem schwächeren Partner einen Rechtsverzicht aufzuzwingen. Eine solche einseitige Befugnis widerspricht vor allem auch dem Geist und besonders dem Schutzgedanken des Entwurfs eines neuen Aktiengesetzes, das gerade anders als das Aktiengesetz von 1936 die Stellung der Minderheitsgesellschafter wieder erheblich festigen will. So bezweifelt Kronstein[2] die Zulässigkeit der betont formalrechtlichen Anwendung von Gesetzen, die wie das

---

1) Nach Hamann, A.: Umwandlungsgesetz und Eigentumsgarantie, BB 1960, S. 1306 ff. insbesondere S.1310 sind die Vorschriften der §§ 9 und 15 UmwG als verfassungswidrig anzusehen. Ein so weitgehender Einbruch in die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes dürfe nur erfolgen, wenn es das Gemeinwohl verlange (Art. 14 Abs. 2 GG). Die für dieses Gemeinwohl zweifellos notwendige "Existenz und Tätigkeit, auch Entfaltungsmöglichkeit einer Aktiengesellschaft" werde aber durch das Vorhandensein einer nur unter 25 % des Grundkapitals liegenden Aktionärsminderheit regelmäßig nicht in Frage gestellt.

2) Kronstein, H.: Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung, BB 1960, S. 224

Umwandlungsgesetz von 1956 sehr weitgehende Eingriffe in die Interessen anderer Personen zulassen. Der Gesetzeswortlaut des Umwandlungsgesetzes sei in "zweckwidriger Weise" von Machtgruppen für Vorgänge beansprucht worden, die sich eigentlich gegen die gegebene Rechtsordnung richteten. Das Argument, daß eine zu mehr als 75 % beteiligte Mehrheitsgruppe die Minderheitsaktionäre ohnehin im Wege des Liquidationsbeschlusses von der alten Aktiengesellschaft hätte ausschließen können, könne die Annahme eines Mißbrauches des Umwandlungsgesetzes durch hemmungslose Großaktionäre nicht zerstreuen. Eine Liquidation sei nämlich wegen der hohen damit verbundenen Steuern praktisch unmöglich.

Nach einem Rechtsstreit von über zweieinhalb Jahren Dauer hat allerdings das Bundesverfassungsgericht entschieden, daß die umstrittenen Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes mit der Verfassung vereinbar seien[1]. Der Auffassung des Gerichts zufolge stehen sich bei dieser Streitfrage zwei von der Verfassung geschützte Grundrechte gegenüber, nämlich die Eigentumsgarantie, auf die sich der Inhaber einer Aktie normalerweise verlassen darf, einerseits und das Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit andererseits.

Das zuletzt genannte Grundrecht zeige sich auch in dem unternehmerischen Interesse einer Konzernleitung, eine Umwandlung vorzunehmen. Dieses müsse aber bei einer Konkurrenz beider Grundrechte über dem Anlageinteresse der Kleinaktionäre stehen.[2]

---

1) Urteil des BVG, besprochen in FAZ v. 8.8.1962

2) Rittershausen, H.: Industrielle Finanzierungen, a.a.O., S. 60 stellt sich voll hinter die Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes. Das öffentliche Interesse an der Freiheit der Konzerngestaltung überwiege die Interessen der nur mit einem Rest von Sachherrschaftsrechten versehenen Minderheitsaktionäre. Der Aktionär könne die Aktiven der Gesellschaft ohnehin nicht verkaufen und habe deshalb auch kein Eigentum an den Fabrikanlagen selbst. Schließlich sei der Aktionär im wesentlichen Investor. Insofern könne sein Sachherrschaftsanspruch durch (qualifizierten) Mehrheitsbeschluß in einen schuldrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch verwandelt werden.

Das Bundesverfassungsgericht stellt also in seinem Urteil lediglich dar, welches Grundrecht bei gegenseitiger Konkurrenz den Vorrang hat. Insofern äußert es sich nicht dazu, welche Grenze in diesem Fall dem Recht zur freien Entfaltung der Persönlichkeit gesetzt sein könnte. Wenn bei Umwandlungen von Kapitalgesellschaften ausschließlich die Durchsetzung von Machtinteressen im Vordergrund steht, so kann darin immerhin noch ein Mißbrauch der maßgeblichen Gesetzesbestimmungen liegen. Dazu kann aber auch ein sehr weit gefaßtes Grundrecht nicht berechtigen.

Die handelsrechtlichen Erleichterungen wurden durch zwei ertragsteuerliche Sonderregelungen des in seiner Geltung bis zum 31.12.1959 befristeten steuerlichen Umwandlungsgesetzes von 1957 ergänzt:

Die Anteilseigner konnten ersten weitgehend selbst entscheiden, ob ein Umwandlungsgewinn ganz, teilweise oder gar nicht entstehen sollte. Danach wurde es in das Belieben der Anteilseigner gestellt, die letzten steuerlichen Buchwerte als Ausgangswerte für die Personengesellschaft zu übernehmen. Man konnte aber auch eine Aufwertung auf die Teilwerte vornehmen und es damit zu einer Gewinnverwirklichung kommen lassen. Der im letzten Fall entstehende Übertragungsgewinn war dann allerdings in voller Höhe körperschaftsteuerpflichtig. Die Entstehung dieses Abschlußgewinns infolge einer Erhöhung der steuerlichen Buchwerte auf die Teilwerte konnte unter Umständen sinnvoll sein:

Eine Kapitalgesellschaft hatte beispielsweise vor vier Jahren einen erheblichen Verlust erlitten. Die vollständige Tilgung dieses vorgetragenen Verlustes war ihr in den letzten vier Jahren nicht möglich gewesen. Auch das fünfte Jahr ließ keine für die volle Verlusttilgung ausreichende Besserung der Ertragslage erwarten. Die steuerliche Vergünstigung[1], wonach die für gewöhnlich steuerpflichtigen Gewinne auf fünf Jahre

---

1) gem. §§ 10 d EStG; 6 Abs. 1 KStG in Verbindung mit § 15 Ziff. 1 KStDV

steuerfrei zur Abtragung eines anerkannten Verlustvortrages verwandt werden können, wäre mit Beendigung des fünften Jahres ungenutzt verstrichen. Bei Durchführung der Umwandlung im vierten Jahr hätte die noch verbleibende Verlustabzugsvergünstigung von einem Jahr schließlich nicht auf die Personengesellschaft übertragen werden können, da dieses Privileg streng an die betreffende natürliche oder juristische Person gebunden ist[1].

Hier stellte die Gewinnverwirklichung im Rahmen einer Aufwertung der Wirtschaftsgüter eine echte Sanierungsmaßnahme dar. Der entstehende Gewinn war vor der Versteuerung gegen den noch anerkannten Verlustvortrag zu saldieren. Ein etwa noch verbleibender Gewinnrest war dann ohne tarifliche Vergünstigung voll körperschaftsteuerpflichtig. Der Verlustvortrag der Kapitalgesellschaft ging mit der Umwandlung jedoch in jedem Fall unter[2], unabhängig davon, ob er wegen Überschreitung der Fünfjahresfrist nicht mehr ausgleichsfähig war oder ob er wegen eines zu geringen Umwandlungsgewinns nur teilweise ausgeglichen werden konnte.

Der Ausweis eines Umwandlungsgewinns hatte außerdem noch eine günstige Zweischneidigkeitswirkung im Hinblick auf die später erfolgende Einkommensbesteuerung der Personengesellschafter. So galten die höheren Teilwerte hier als Anschaffungskosten der in die Personengesellschaft eingebrachten Wirtschaftsgüter. Die Absetzungen für Abnutzungen, die von diesen erhöhten Anschaffungskosten bemessen wurden, mußten in den folgenden Jahren der betrieblichen Nutzung dieser Wirtschaftsgüter zu einem verhältnismäßig niedrigen steuerlich maßgeblichen Gewinnausweis bei der Personengesellschaft führen.

---

1) vgl. Einzelheiten zum Verlustabzug in dem Exkurs auf S. 72 bis S. 80

2) So Böttcher-Meilicke a.a.O., S. 534, Tz 306

Zweitens unterschied das Umwandlungssteuerrecht zum Zwecke der Besteuerung zwischen einem "Übernahmegewinn" erster und zweiter Stufe[1]. Dabei wurde den Anteilseignern ein Wahlrecht gewährt, das sich jedoch ausschließlich auf den Übernahmegewinn erster Stufe bezog, der dann bei vollem Ausweis auf Antrag einer ermäßigten Einkommensteuer von 15 % unterlag. Für diesen Gewinn wurde ebenfalls auf Antrag die Körperschaftsteuer auf 20 % herabgesetzt. Der Übernehmegewinn zweiter Stufe war demgegenüber nicht beeinflußbar. Eine gewisse Erleichterung wurde allein dadurch gewährt, daß auf den Schluß des Veranlagungszeitraumes, in dem die Umwandlung erfolgte, eine Rücklage in Höhe dieses Gewinns gebildet werden konnte. In den drei folgenden Veranlagungszeiträumen mußte diese Rücklage gewinnerhöhend aufgelöst werden und unterlag dann dem normalen Einkommensteuersatz.

Da sich die Umwandlungsbestimmungen erst seit der Steuerreform von 1958 einigermaßen ergibig auswerten ließen und infolgedessen die exakte Abschätzung der zukünftigen Steuerbelastung binnen eines knappen

---

1) Der Begriff der Übernahmegewinne erster und zweiter Stufe findet sich bei Böttcher-Meilicke a.a.O., S. 535, 536, S. 605 - 617. Der Begriff stammt aus der amtlichen Begründung zur Bundestagsdrucksache, 2. Wahlperiode 1953 Nr. 3497. Im Gesetz selbst finden sich die Begriffe nicht. Allgemein ergibt sich der Umwandlungsgewinn (Übernahmegewinn) erster Stufe aus der Differenz zwischen dem Buchwert der untergehenden Beteiligung und dem Wertansatz der Wirtschaftsgüter in der Eröffnungsbilanz (errichtende Umwandlung) oder Übernahmebilanz (verschmelzende Umwandlung) der Personengesellschaft. Der Übernahmegewinn zweiter Stufe ergibt sich aus dem Erlöschen von Verbindlichkeiten (gegenseitigen Forderungen, Pachterneuerungsrückstellungen usw.) zwischen untergehender Kapitalgesellschaft und übernehmender Personengesellschaft.

halben Jahres erfolgt sein mußte[1], diskutierte man in Schrifttum und Praxis, ob die Geltung des steuerlichen Umwandlungsgesetzes nicht zweckmäßigerweise zumindest um ein Jahr hinausgeschoben werden sollte[2]. Der Gesetzgeber hat sich aber auf diese Argumente nicht eingelassen, so daß das Umwandlungssteuergesetz endgültig mit dem 31.12.1959 auslief. Ausschlaggebend waren für ihn dabei die Gefahren, die der gesamtwirtschaftlichen Struktur aus der Verbindung von handelsrechtlichem und steuerlichem Umwandlungsgesetz drohten. So hat besonders die hemmungslose Ausnutzung des Umwandlungsgesetzes und seiner Steuervergünstigungen durch beherrschende Großaktionäre den Prozeß zunehmender Konzentration in der deutschen Wirtschaft nachweislich gefördert[3].

---

1) vgl. die Enquête über die Frage der Verlängerung des steuerlichen Umwandlungsgesetzes, durchgeführt von der Centrale für GmbH, Dr. Otto Schmidt, GmbH-Rdsch. 1959, S. 168; ebenfalls KStDVO 1958 v. 5.8.1958 (BGBl I. 1959,S.625)KSt-Ergänzungsrichtlinien 1958 v. 7.8.1958, veröffentlicht im Bundesanzeiger v. 20.8.1959 (erstmals!). Erst seit August 1959 konnte man also die zur Steuerreform 1950 ergangene Beurteilung der Finanzverwaltung für Umwandlungen auswerten. Mithin stand kaum mehr ein halbes Jahr zur Verfügung.

2) Böttcher, C.: Warum nicht das steuerliche Umwandlungsgesetz als Dauerregelung wie das handelsrechtliche?, Stbjb. 1959/60, S. 181;
Thiel, R.: Gewinnverwirklichung bei der Liquidation der Verschmelzung und der nicht steuerbegünstigten Umwandlung von Kapitalgesellschaften, B 1959, S. 1097;
Börnstein, U.: Aktuelle Fragen zur steuerbegünstigten Umwandlung, B 1959, S. 772; besonders auch Centrale für GmbH, GmbH-Rdsch. 1959, S. 168;
Flume, W.: Die Anwendbarkeit des § 15 Abs. 2 KStG auf die umwandelnde Verschmelzung und die Umwandlung auf eine Kapitalgesellschaft, B 1959, S. 1235;
Fasselt, T. B 1960, S. 421

3) vgl. Pritzkoleit, K.: Männer, Mächte, Monopole, Düsseldorf 1960, S. 606.5

Kurz vor Auslaufen des steuerlichen Umwandlungsgesetzes stellte Börnstein fest, daß bis dahin nur eine verhältnismäßig geringe Zahl von Umwandlungsbeschlüssen zur Eintragung in die Handelsregister angemeldet worden waren [1]. Er sah den Grund für diese

---

1) Börnstein, U. B 1959, S.772; so auch Böttchern,C.: Über die bisher enttäuschend geringe Inanspruchnahme der Umwandlungsteuervergünstigungen, Stbjb 1958/59, S.181.
Eine amtliche Statistik der Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften nach den Bestimmungen des handelsrechtlichen Umwandlungsgesetzes von 1956 liegt nicht vor. Die bisher auf diesem Gebiet veröffentlichten Angaben(Wirtschaft und Statistik 1960. S.165,167; 1961,S.171; 1962,S.152) beziehen sich entweder nur auf die Umwandlungen von Aktiengesellschaften nach dem Umwandlungsgesetz oder auf Umwandlungen von Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH nach dem Umwandlungsgesetz,wobei die statistische Angabe im letzten Fall von 1959 an auch noch die Zahl der in der gleichen Zeit durchgeführten Fusionen enthält.

1.Anwendung des Umwandlungsgesetzes durch Aktiengesellschaften (lt.Wirt. u.Stat.1960,S.165)

| Vorgang | 1957 Ges.-ften | 1957 Gr-kap. 1000,- | 1958 Ges.- ften | 1958 Gr.kap. 1000,- | 1959 Ges.- ften | 1959 Gr.kap. 1000,- |
|---|---|---|---|---|---|---|
| Umwandlungen | 18 | 54.424 | 32 | 309.816 | 109 | 1.634.154 |

2. Anwendung des Umwandlungsgesetzes durch Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH,aber einschl. Fusionen(Wirt.u.Stat.1960, S.167; 1961,S.171; 1962, S,152):

| Fusionen u.Umwandlg. nach dem UmwG | Akt.Ges.ften u. Komm.Ges.a.Akt. Anzahl | Grund.kap. 1000,- | Gesellschaften mbH Anzahl | Stamm.kap. 1000,- |
|---|---|---|---|---|
| 1959 | 149 | 1.851.052 | 1.196 | 371.089 |
| 1960 | 75 | 890.545 | 1.259 | 1.020.288 |
| 1961 | 54 | 207.166 | 220 | 141.392 |

Wenn die vorliegenden Veröffentlichungen auch keinen Schluß zulassen,wieviel Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften in den Jahren von 1957-1961 tatsächlich stattgefunden haben, so läßt sich anhand dieser Angaben doch feststellen (die Anzahl der Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften muß ziffernmäßig zumindest unter den oben erwähnten statistischen Angaben gelegen haben), daß das zahlenmäßige Ergebnis der letzten Umwandlungsgesetzgebung gemessen an der Umwandlungswelle zur Zeit des Nationalsozialismus (vgl.S.25 Anm.2) äußerst knapp ausgefallen ist.

Zurückhaltung in der kurzen Geltungsdauer und in dem wenig anreizenden Gehalt der Gesetzesbestimmungen. Die steuerlichen "Geschenke" der Umwandlungsgesetzgebung seien nämlich nicht als allzu "üppig" zu bezeichnen [1]. Diese Vergünstigungen seien mehr theoretischer Natur und dürften in ihrer wirtschaftlichen Auswirkung nicht überschätzt werden. Gegenwärtige Vorteile des Umwandlungssteuergesetzes hätten nach dem Willen des Gesetzgebers den Entschluß zur Umwandlung auch gar nicht bestimmen sollen. Für die Entscheidung über die Umwandlung der Kapitalgesellschaft seien vielmehr die Beurteilung der künftigen Steuerbelastung und handelsrechtliche Gesichtspunkte ausschlaggebend.

Es ist verständlich, daß ein Beschluß zur Umwandlung einer Gesellschaftsform, der eine angemessene Bedenkfrist und sachkundige Beratung erfordert, nur selten innerhalb der knapp bemessenen Geltungsdauer des Umwandlungssteuerrechts getroffen werden konnte. Nach Börnstein hat dieses Gesetz nicht einmal drei Jahre wirksam bestanden, da die endgültige Entscheidung über die künftigen Körperschaftsteuer- und Einkommensteuertarife im Laufe des Jahres 1958 fiel. Erst von jenem Zeitpunkt an konnte man nämlich die zukünftige steuerliche Belastung der Gesellschaftsformen einigermaßen abschätzen.

## II. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften ohne steuerlich begünstigende Gesetzesbestimmungen

Die Vergünstigungen des ausgelaufenen steuerlichen Umwandlungsgesetzes konnten also mit Ausnahme besonders gelagerter Fälle [2] nicht als

1) Börnstein, U., ₿ 1959, S.772

2) Beispielsweise konnten, wie bereits oben auf S.37 f. bemerkt, die Vergünstigungen des Umwandlungssteuergesetzes erhebliche Bedeutung haben, wenn ein entstehender Umwandlungsgewinn nach diesen Bestimmungen gegen einen noch nicht aufgebrauchten Verlustvortrag aufgerechnet werden konnte.

übermäßig hoch angesehen werden. So sind gewöhnlich Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften, die damals erwogen wurden und auch gesellschaftsrechtlich und betriebswirtschaftlich vernünftig erschienen, heute nicht schon wegen des Fortfalls der früher an diesen Vorgang geknüpften Steuererleichterungen undurchführbar geworden.

Das Ausmaß der von der Kapitalgesellschaft gelegten oder ihr entstandenen stillen Reserven bestimmt die Höhe der mit der Umwandlung verbundenen Steuerbelastung wesentlich mit. Stille Reserven in der Steuerbilanz entstehen meistens bei Wirtschaftsgütern des Anlagevermögens, insbesondere bei Grundstücken infolge echter Wertsteigerungen und bei maschinellen Einrichtungen auf Grund hoher, das Maß einer wirtschaftlich vernünftigen Nutzungsdauer weit übersteigender Abschreibungsbeträge, die meist nach der degressiven Methode oder nach anderen steuerlich zulässigen Bewertungsverfahren (z.B. § 7 a EStG) bemessen worden sind.

Bei der nicht steuerbegünstigten Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft dürften die Buchwerte dieser Wirtschaftsgüter, wenn sie niedriger als die Teilwerte sind, nicht auf die Personengesellschaft übertragen werden. Geschieht dies trotzdem, so kann mit der Einbringung des Betriebsvermögens der Kapitalgesellschaft in die Personengesellschaft zu Buchwerten der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung erfüllt sein, da die Anteilseigner der Kapitalgesellschaft in der Regel auch die Gesellschafter der neuen Personengesellschaft sein werden [1].

---

1) So Hesselmann, M. Handbuch der GmbH & Co, 6. Aufl. Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln 1963, S.197

Zur Vermeidung der unerwünschten finanziellen Belastung, die aus der Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen oder auflösungspflichtiger stiller Reserven droht, schlägt Hesselmann vor, in Fällen, in denen eine Umwandlung besonders hohe Ertragsteuern auslösen würde, an Stelle des gesamten Betriebsvermögens lediglich das Umlaufvermögen auf die neue Personengesellschaft zu übertragen [1]. Erfahrungsgemäß seien stille Reserven im Umlaufvermögen nur in geringem Ausmaß vorhanden. Das Anlagevermögen solle demgegenüber im Eigentum der Kapitalgesellschaft bleiben und der Personengesellschaft im Wege einer Pachtvereinbarung zur Nutzung überlassen werden.

Mit dem Vorschlag zur unterschiedlichen Behandlung von Anlage- und Umlaufvermögen bei Umwandlungen gibt Hesselmann einen praktischen Hinweis, wie auch ohne die Geltung von Steuervergünstigungen ein finanziell tragbares, nicht steuerlich begünstigtes Verfahren für eine wenigstens teilweise erfolggende Abkehr von der Kapitalgesellschaft zur Personengesellschaft gefunden werden kann. Dieser Weg kann letztlich aber nur als "Teil-Umwandlung" gelten, weil die Kapitalgesellschaft als Eigentümerin des Anlagevermögens fortbesteht.

---

1) Hesselmann, M., a.a.O., S.197

## D. Die heute bei Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften wirksamen Motive

### I. Allgemeine Vorbemerkung

Zwar hat sich die Kapitalgesellschaft als Rechtsform kleiner und mittelgroßer Unternehmungen und darunter vor allem als Organisationsform von Familiengesellschaften bewährt. Mit dieser Gesellschaftsform sind aber auch erhebliche Nachteile verbunden, die Anlaß zu einem Übergang zur Personengesellschaft geben können. Zu den Kreisen, für die die Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft von Bedeutung sein kann, gehören insbesondere solche Unternehmer, die sich nach 1945 unter der Last der überhöhten Einkommensteuersätze überstürzt zur Fortführung ihres Unternehmens im Rahmen einer Kapitalgesellschaft entscheiden mußten. Dieser fiskalpolitische Druck, der eine Abkehr von der Personengesellschaft oft ratsam erscheinen ließ und in Fällen besonders hoher Besteuerung sogar wirtschaftlich verlangte, kam ihnen besonders dann ungelegen, wenn Zweck und Gegenstand ihres Unternehmens ein höchstpersönliches Zusammenwirken aller Inhaber erforderte. Solche Gesellschafter empfanden beispielsweise den Verband einer OHG als wirtschaftlich förderliche "Gefahrengemeinschaft" [1], in der jeder Beteiligte auch aus Eigennutz gehalten war, drohende wirtschaftliche Gefahren von der Gesellschaft abzuwenden.

Die Besteuerung der Kapitalgesellschaft kann heute höher ausfallen als die Steuerlast, die die Gesellschafter einer ihrer Größe nach vergleich-

---

1) Ausdruck von Beuck, W.: Soll die Kapitalgesellschaft erleichtert umwandeln? B.1957, S.9o4

baren Personengesellschaft aufbringen müssen. Darin kann ein die Umwandlung rechtfertigender Vorteil der Personengesellschaft liegen. Einige Unternehmer lehnen auch die Publizitätsvorschriften und im Zusammenhang damit besonders die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in Aufsichtsräten von Kapitalgesellschaften mit größerer Beschäftigtenzahl als fremde Einmischung in interne Gesellschaftsangelegenheiten ab. Besonders in Familienkapitalgesellschaften, vor allem wenn diese in der Rechtsform einer Aktiengesellschaft betrieben werden, kann man Außenstehenden nicht immer den Einblick in Betriebsinterna verwehren, die seit der Gründung der Unternehmung nur dem engen Kreis der an der Gesellschaft beteiligten Familienangehörigen zugänglich waren. Von der Umwandlung in eine Personengesellschaft erhofft man sich eine Beseitigung oder wenigstens Abmilderung dieser als störend empfundenen Nebenwirkungen, die mit Kapitalgesellschaften verbunden sein können.

Das Gesellschaftsrecht und das Steuerrecht gehen von einer weitgehend starren Unterscheidung in juristische Personen und Gesamthandgemeinschaften aus. Auch das Arbeitsrecht[1] folgt in seinen Bestimmungen über die Aufnahme von Arbeitnehmern in Aufsichtsräte von Kapitalgesellschaften diesem Grundsatz. Deshalb sind zahlreiche Vorschriften, die die Kapitalgesellschaften belasten, auf Gesamthandgemeinschaften nicht anwendbar. Insofern nämlich lassen sich Nachteile der Kapitalgesellschaft durch Umwandlung in eine Personengesellschaft ausschalten.

Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften werden schließlich auch zur

---

1) Das Betriebsverfassungsrecht ist dem Gebiet des Arbeitsrechts zuzurechnen.

Erweiterung der Macht beherrschender Mehrheitsgesellschafter vorgenommen [1]. Die Gruppe dieser Unternehmer ist zwar klein, aber dennoch nicht unbedeutend. Insofern verdient sie Beachtung. In solchen Fällen erscheint allerdings eine Personengesellschaft als neue Unternehmungsform unzweckmäßig, da Umwandlungen aus Machtüberlegungen meist nur von den beherrschenden Teilhabern sehr großer Unternehmungen angestrebt werden. Gelegentlich kann im Machtmotiv aber auch bei kleineren Kapitalgesellschaften der für die Umwandlung in eine Personengesellschaft ausschlaggebende Anreiz liegen.

## II. Die Milderung der Steuerbelastung

### a. Das Gewicht steuerlicher Gesichtspunkte bei der Gestaltung von Gesellschaftsformen

"Bei der einschneidenden Natur der Steuertarife kann es dem Steuerpflichtigen nicht verwehrt werden, die für ihn günstigste rechtliche Form zu wählen" [2]. Mit diesem Grundsatzurteil hat der BFH den Rahmen der steuerlich zulässigen Abänderung von Gesellschaftsverhältnissen erheblich erweitert. Zu den damit erlaubten Maßnahmen der Abmilderung des Steuerdrucks lassen sich Umwandlungen von Kapitalgesellschaften auch dann rechnen, wenn damit eine Gestaltung verbunden wird, die formell-rechtlich noch als Personengesellschaft anzuerkennen ist, materiell gesehen ihrem Wesen nach jedoch einer Kapitalgesellschaft schon ähnlich ist.

---

1) Börnstein, U. a.a.O., S.772: "Es ist jedoch nicht zu übersehen, daß in den Genuß der Steuervergünstigungen auch die größten Industrieunternehmungen gekommen sind, was teilweise schon zu den in der Öffentlichkeit kritisierten Unternehmenskonzentrationen geführt hat(vgl.Mannesmann-Zusammenschluß) und auch noch führen wird"; siehe auch Umwandlung der Feldmühle Ag, in der FAZ v.8.8.1962

2) Grundsatzurteil des BFH v.22.8.1951,BStBl.III 1951,S.131, zitiert auch bei Hesselmann,M. a.a.O., S.19

Steuerliche Motive, die die Gesellschafter zum Wechsel der Unternehmungsform veranlassen, sind in ihrer Wirksamkeit von den Änderungen des Steuerrechts abhängig. Neuregelungen im Steuerrecht und die nach dem jeweiligen öffentlichen Finanzbedarf ausgerichtete Handhabe einzelner Gesetzesbestimmungen von Seiten der Finanzverwaltung [1] führen zu einer in unregelmäßigen Zeitabständen schwankenden Belastung zwischen Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft. Der Tarif für die Besteuerung von Kapitalgesellschaften und Personengesellschaften ist ebenfalls so unterschiedlich aufgebaut, daß die Belastungsverschiebungen zwischen den Rechtsformen nicht ausschließlich auf Änderungen der Steuersätze beruhen, sondern sich auch aus den Schwankungen der Betriebserträge ergeben können.

Die Komponenten, von denen die Besteuerung der Rechtsform abhängig ist, sind also zahlreich und außerordentlich vielgestaltig. Dabei sollen die unterschiedlichen Gesellschaftsformen im geltenden Steuersystem eine wenigstens tendenziell gleiche Belastung erfahren. Diese ist tatsächlich jedoch nur in Ausnahmefällen denkbar.

Betriebswirtschaftlich gesehen läßt sich das derzeitige Steuersystem mit seinen unterschiedlichen Ertragsteuertarifen für die verschiedenen Unternehmungsformen-Gruppen kritisieren. Die Bemühungen des Gesetzgebers um eine möglichst gleichmäßige Besteuerung der Gesellschaften erweisen sich als praktisch undurchführbar und können daher Rechtsformen-Verzerrungen, die vorwiegend aus steuerlichen Erwägungen entstehen, nicht ausschalten.

---

1) z.B. ministerielle Anweisungen, strenge Maßstäbe bei der Nachprüfung des Tatbestandes der verdeckten Gewinnausschüttung anzulegen.

Bei der Besteuerung von Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften nach unterschiedlichen Grundsätzen müssen die Unternehmer schon aus Erfahrung regelmäßig damit rechnen, daß eine gegenwärtig annähernd gleiche Belastung der Rechtsformen selten von Dauer ist. So stellen augenblickliche Situationen eines Belastungsausgleichs möglicherweise nur Wendepunkte dar, die wie die Entwicklung der Vergangenheit bereits mehrfach bewies, lediglich vorübergehende Bedeutung haben und schließlich eine neue Belastungsverschiebung einleiten.

Deshalb warnen verschiedene Vertreter der Betriebswirtschaftslehre allgemein davor, die Wahl der Unternehmungsform allein auf Grund steuerlicher Erwägungen zu treffen[1].

---

1) So z.B. Baier, C.G.: Die Zweckmäßigkeit der Umwandlung von Kapitalgesellschaften, B 1959, S.494
"Bei Beurteilung der Frage, welche Rechtsform für ein Unternehmen am zweckmäßigsten ist, sollten wirtschaftliche und rechtliche Gesichtspunkte im Vordergrund stehen. Demgegenüber haben die hohen Steuersätze der Nachkriegszeit bedauerlicherweise dazu geführt, daß Fragen der steuerlichen Belastung die Wahl der Rechtsform entscheidend beeinflußt haben";
siehe ferner Hasenack, W.: Entwicklungsprobleme und Fragestellungen der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, BFuP 1953, S.267
"Es sind ferner vor allem auch steuerliche Gründe, die die gesamtwirtschaftlich-und auch in einem tieferen Sinn - betriebswirtschaftlich oft so unproduktive Frage eines Wechsels der Unternehmungsform aufwerfen". Die Entwicklung der auf die Unternehmungsform einwirkenden steuerlichen Einflüsse sei nicht exakt vorherbestimmbar. Daher müsse die kurzfristige Anpassung der Rechtsform an wechselnde Daten im Steuersystem als äußerst fragwürdig erscheinen.;
vgl. auch Beuck, W. a.a.O., S.904
"Der gute Rat, eine wirtschaftlich für zweckmäßig erkannte Gestaltung nicht nur wegen ihrer steuerlichen Auswirkungen zu werten, darf auch hier nicht unter der "Blendwirkung" von Steuerersparnissen, die übrigens bisweilen problematisch sind, unbeachtet bleiben."
Ferner Hesselmann, H., a.a.O., S.28:
Auch nach Hesselmann soll die Entscheidung über die Wahl der Gesellschaftsform möglichst auf der Grundlage von gesellschaftsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Überlegungen getroffen werden. Bei anderem Vorgehen seien eben "bei dem ständigen Wandel des Steuerrechts, der Art der Besteuerung und der Steuerhöhe unvorhersehbare Überraschungen" zu erwarten. Oft könne dabei sogar "eine auf steuerliche Berechnungen gegründete Entscheidung bereits überholt sein", ehe sie sich in der Praxis überhaupt auswerten lasse.

Soll, wie hier beabsichtigt, allein die "betriebswirtschaftliche Produktivität"[1] von Umwandlungen untersucht werden, so kann leicht übersehen werden, daß der Übergang von einer Personengesellschaft zur Kapitalgesellschaft nicht notwendigerweise ebenso kostspielig sein muß, wie eine Umwandlung in umgekehrter Richtung. Es steht den Steuerpflichtigen bei der Umwandlung einer Personengesellschaft in eine Kapitalgesellschaft nämlich frei, die im Betriebsvermögen der Personengesellschaft enthaltenen stillen Reserven aufzulösen und fortzuführen[2]. Im letzten Fall gelangen die bisher noch nicht versteuerten stillen Reserven in den Bereich des doppelten Besteuerungsansatzes. Infolgedessen gehen sie dem Steuergläubiger auf Sicht gesehen meist[3] nicht verloren. Bei einer späteren Rückumwandlung allerdings unterliegen ohne die Geltung steuerlicher Sondervergünstigungen die gesamten im Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses vorhandenen stillen Reserven ausnahmslos der Körperschaftsteuer [4]. Andernfalls würden diese bisher unversteuerten Reserven mit ihrer Übertragung auf die Personengesellschaft der Körperschaftsteuer endgültig entzogen.

In jedem Fall lösen die Umwandlungen verkehrsteuerbare und -pflichtige Vorgänge aus. Obwohl diese die Unternehmung in der Regel nicht so schwer belasten wie die Auflösung und Versteuerung stiller Reserven, kann von ihnen dennoch ein

---

1) Auf den "gesamtwirtschaftlich" als oft unproduktiv abzulehnenden häufigen Wechsel der Rechtsform weist Hasenack, W.: Entwicklungsprobleme und Fragestellungen der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, BFuP 1953, S.267 kritisch hin.

2) vgl. das Urteil des RFH v. 21.7.1937, RStBl-1937, S.997

3) Meist führt die Bildung stiller Reserven nur zu einem Aufschub der Besteuerung. Eine Besteuerung erfolgt jedoch dann nicht mehr, wenn die stillen Reserven durch zwischenzeitlich erzielte Verluste aufgezehrt werden.

4) Die Besteuerung erfolgt zum normalen Tarif von 51% gem. § 19 Abs. 1 Ziff. 1 KStG; es handelt sich hier nicht um berücksichtigungsfähige Ausschüttungen.

erheblicher finanzieller Druck ausgehen, der gleichsam als "Tribut" aufzufassen ist, den allzu schnell zu Umwandlungen neigende Unternehmer einer schwankenden Finanz- und Wirtschaftspolitik entrichten müssen.

Im Hinblick auf eine ausreichende Eigenkapitalbildung und den zukünftigen Erbgang kann die Beibehaltung einer gutgehenden Kapitalgesellschaft unter gegenwärtigen Bedingungen unzweckmäßig sein. Die wirtschaftliche und gesellschaftsrechtliche Eignung der Kapitalgesellschaft als Rechtsform für Familienunternehmen und die steuerlich oft hohe Belastung dieser Gesellschaftsform stehen in scharfem Gegensatz zueinander. Das geltende Steuersystem zwingt somit zahlreiche Unternehmer zu einer für sie betriebswirtschaftlich ungeeigneteren Rechtsform.

Bei dem Druck der öffentlichen Abgaben, die gegenwärtig auf der Wirtschaft lasten, schieben sich steuerliche Fragen in den Vordergrund [1]. Sie müssen heute allgemein vor der Unternehmungsformenwahl und der Formulierung des Gesellschaftsvertrages oder der Satzung entschieden werden. An jedem Gesellschaftsverhältnis nimmt der Staat letztlich als Hauptgesellschafter teil. So fällt bedauerlicherweise der zutreffende steuerliche Kunstgriff oftmals viel lohnender aus, als die sich demgegenüber in ihrem Erfolg geringer ausnehmenden Aufwandseinsparungen im Fertigungs- und Vetriebsbereich, durch die

---

1) vgl.dazu Beuck,W.,a.a.O., S.9o4
Wenn auch das Primat steuerlicher Gesichtspunkte bei der Unternehmungsformenwahl gegen anerkannte betriebswirtschaftliche Grundsätze verstößt, so ist es doch nach Beuck eine allgemein bekannte Tatsache, "daß fast alle wirtschaftlichen Entschlüsse entscheidend von steuerlichen Erwägungen beeinflußt werden".

wenigstens wirtschaftliche Werte geschaffen werden [1].

b. Die mit der sogenannten Doppelbesteuerung verbundenen und von den Unternehmern als drückend empfundenen finanziellen Belastungen und ihre Vermeidung im Wege der Umwandlung der Kapitalgesellschaft

1. Drei Erscheinungsformen der sogenannten Doppelbesteuerung

a) laufende Einkommen- und Körperschaftsteuer

Kapitalgesellschaften, die ihren Sitz oder ihre Geschäftsleitung im Inland haben, unterliegen der Körperschaftsteuer [2]. Diese Steuer erfaßt die Gewinne der juristischen Personen. Der normale Tarif beträgt 51 % des Einkommens der Kapitalgesellschaft [3]. Für berücksichtigungsfähige [4] Ausschüttungen ermäßigt sich der Steuersatz auf 15 %. Die Ausschüttungen werden bei der natürlichen Person, der sie zufließen, zur Einkommen-

---

1) vgl. auch die Auffassung von Hasenack, W.: Entwicklungsprobleme und Fragestellungen der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre, BFuP 1953, S. [illegible], zu der oft gesamtwirtschaftlich und betriebswirtschaftlich so unproduktiven Frage eines Wechsels der Unternehmungsform

2) gem. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 KStG

3) gem. § 19 Abs. 1 Ziff. 1 KStG

4) gem. § 19 Abs. 3 KStG

steuer herangezogen[1]. Für personenbezogene[2] Kapitalgesellschaften besteht ein Wahlrecht zwischen dem Normal- und einem Sondertarif. Das Einkommen der Kapitalgesellschaft wird danach ab DM 5o.ooo.-- gleichbleibend mit 49 % besteuert.

---

1) Nach § 2o Abs.1 Ziff.1 EStG werden die berücksichtigungsfähigen Ausschüttungen bei der natürlichen Person als Einkünfte aus Kapitalvermögen erfaßt. Bei der Einkommensteuerveranlagung werden die Bruttoeinkünfte angesetzt. Die gem. § 44 Abs.1 Ziff.1 EStG einbehaltene Kapitalertragsteuer von 25 % wird also den zugeflossenen Nettobezügen wieder hinzugerechnet und schließlich auf die zu zahlende Einkommensteuer angerechnet. Damit beträgt die Kapitalertragsteuer für den Steuerpflichtigen letztlich in der Regel mehr als 25 %. Die Einkünfte aus Kapitalvermögen unterliegen nämlich ebenfalls dem Steuersatz, der auf den zu versteuernden Einkommensbetrag im Sinne des § 46 a EStG angewandt wird. Diese Einkünfte tragen auch zu einer Steigerung der Progression bei, so daß im Endergebnis Dividendeneinkünfte meist zu einem weit über 25 % liegenden Tarif zu versteuern sind.

2) Begriff der sog."personenbezogenen" Kapitalgesellschaft in § 19 Abs. 1 Ziff.2 KStG. Nach Hasenack,W.: Die Verschärfung der Körperschaftsteuerspaltung,insbesondere die Lage der "personenbezogenen Kapitalgesellschaften" dabei,BFuP 1958,S.26o baut die Gesetzesdefinition der personenbezogenen Kapitalgesellschaft auf "willkürlich gegriffenen angeblichen Begriffsmerkmalen" auf. Die Sonderbehandlung der personenbezogenen Kapitalgesellschaften begünstige diese Unternehmungsform durchweg nicht.

Zum Begriff der "Personenbezogenheit" ist zu bemerken, daß sich diese Ausdrucksweise zur Kennzeichnung von Kapitalgesellschaften im Sinn des § 19 Abs.1 Ziff.2 KStG allgemein im Schrifttum eingebürgert hat (auch z.B.bei Brönner, Die Besteuerung der Gesellschaften, 1o.Aufl.Stuttgart 1962, S.153). Deshalb soll sie auch im Rahmen dieser Untersuchung beibehalten werden. Im Gesetz selbst werden solche Kapitalgesellschaften allerdings nicht wörtlich als "personenbezogen"definiert. Aus § 27 a KStDV ist zu erkennen, daß man zur inhaltlichen Übereinstimmung mit der gesetzlichen Vorschrift von "Personenbezogenheit" streng genommen, nur in Bezug auf die Bestimmung des § 19 Abs.1 Ziff.2 KStG sprechen sollte, wonach die Anteile mindestens zu 76 % des Nennkapitals natürlichen Personen gehören müssen.

Bis DM 5o.ooo.-- steigt der Tarif, beginnend mit 39 % für die ersten angefangenen DM 1o.ooo.--, stufenweise bis 59 % an. Für berücksichtigungsfähige Ausschüttungen ermäßigt er sich auf 26.5 % des Einkommens.

Der Vorteil dieses Sondertarifs darf nicht zu hoch eingeschätzt werden. Schließlich ermäßigt sich der Normalsteuersatz für das nicht ausgeschüttete Einkommen personenbezogener Kapitalgesellschaften lediglich um 2 % [1]. Das Tarifwahlrecht wird nur auf Antrag [2] gewährt, an den die Kapitalgesellschaft dann für fünf aufeinander folgende Jahre gebunden ist. Mit dieser Befristung will der Gesetzgeber kleine und mittelgroße Gesellschaften zur Bildung von Eigenkapital zwingen. Der erhöhte Steuersatz von 26.5 % für berücksichtigungsfähige Ausschüttungen soll gegenüber dem Normalausschüttungstarif von 15 % Gewinnausschüttungen an Gesellschafter kapitalschwächer Unternehmungen verteuern.

Die Kritik am Tarifwahlrecht bezieht sich hauptsächlich auf die unüberschaubar lange zeitliche Bindung. Diese kann für die betreffenden Gesellschaften und ihre Gesellschafter oft ein schweres wirtschaftliches Hemmnis bedeuten. Gesellschaftergeschäftsführer, die aus der Gesellschaft Gehaltseinkünfte beziehen, können sich ohne größeres Risiko langfristig in der Verwendung zukünftiger Gewinne festlegen. Andere Gesell-

---

1) Gerade "personenbezogene" Kapitalgesellschaften sind oftmals auf die Einbehaltung von Gewinnen angewiesen, "weil sie weniger leicht und erfolgreich an den offenen Kapitalmarkt herantreten können" (Hasenack,W.: Die Verschärfung der Körperschaftsteuerspaltung , insbesondere die Lage der personenbezogenen Kapitalgesellschaften dabei,BFuP 1958, S.26o/261). Dieser Zwang zur Gewinnthesaurierung kann nach Hasenack durch die Tarifermäßigung von 51 % auf 49 % keinesfalls "sinnvoll" ausgeglichen werden.

2) gem.§ 19 Abs.4 KStG

schafter sind aber vielfach auf Gewinnausschüttungen angewiesen. Gerade bei personenbezogenen Kapitalgesellschaften treten häufig Situationen ein, die es den Gesellschaftern zweckmäßig erscheinen lassen, kurzfristig aus einer ertragreichen Gesellschaft Gewinne abzuziehen. So will man gegebenenfalls im Rahmen eines Einzelunternehmens oder einer Personengesellschaft ein besonders erfolgversprechendes Fertigungsverfahren fortsetzen. Oft sieht der Gesellschafter auch Möglichkeiten für günstigere Vermögensanlagen in der Privatsphäre, auf deren Grundlage sich eine schnellere und gesichertere Kapitalbildung vollziehen kann, als es unter den gegenwärtigen Steuerverhältnissen in der Kapitalgesellschaft möglich wäre [1]. Der Gewinn wird dann später unter Umständen der Kapitalgesellschaft als steuerfreie Einlage [2] zugeführt.

---

1) Gedacht ist an das Spekulationsgeschäft im Sinne des § 22 Ziff.2 in Verbindung mit § 23 EStG. Gewinne aus Veräußerungen von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten sind nach Wahrung einer Frist von mehr als zwei Jahren zwischen Anschaffung und Veräußerung in der Privatsphäre steuerfrei. Bei Veräußerungsgeschäften, die sich auf andere Gegenstände beziehen, verringert sich die Frist auf mehr als sechs Monate.
Streng genommen muß man solche Geschäfte wenigstens vom betriebswirtschaftlichen Standpunkt aus immer noch zur wirtschaftlichen Tätigkeit des Unternehmers rechnen. Für sein Wirken kann es nämlich in Gestalt der Rechtsform einer Unternehmung keine starre Grenze geben. Solche Umwege über die Privatsphäre des Unternehmers müssen besonders dann als betriebswirtschaftliche Maßnahmen gewertet werden, wenn die Erfolge am Ende wiederder Unternehmung zugute kommen. Dabei erscheint es unerheblich, daß die Zuführung solcher Gewinne bereits bei der Entnahme geplant wurde oder sich erst später vom Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit her ergab.

2) gem. § 4 Abs.1 EStG

b) Verdeckte Gewinnausschüttungen

Die Steuerbelastung der verdeckten Gewinnausschüttungen ist regelmäßig erheblich höher als die Besteuerung der von der Kapitalgesellschaft ausgeschütteten Gewinne. Verdeckte Gewinnausschüttungen werden gewöhnlich erst lange Zeit nach der Tatbestandsvollendung von den Finanzbehörden aufgedeckt. Mit einer solchen zeitlichen Verschiebung der Besteuerung wird zwar ein gewisser Zinsvorteil für die Unternehmung verbunden sein. Dieser nimmt sich jedoch gewöhnlich vor allem dann verhältnismäßig gering gegenüber der Gesamtbelastung verdeckter Gewinnausschüttungen aus, wenn die finanzielle Lage der Gesellschaft angespannt ist und die dem Gesellschafter zugeflossenen Vorteile in Geld oder Geldeswert bereits verbraucht sind, so daß die Zahlung der Steuerverbindlichkeit etwa nur durch Erhöhung der Bankverbindlichkeit geleistet werden kann. Im allgemeinen erkennen die betroffenen Gesellschafter selten, daß die zunächst bei ihnen und später bei ihrer Gesellschaft erfolgende Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen zusammengerechnet in vielen Fällen an die 100%-Grenze heranreicht. Diese wirtschaftlich unzumutbare Gesamtbelastung, die in Grenzfällen sogar die Wirkung einer stillen Enteignung[1] haben kann, wird aber gerade deshalb selten in ihrer Tragweite durchschaut, weil steuerbegründender Tatbestand und Eintritt der Besteuerung zeitlich so weit auseinander liegen.

Im Gesetz[2] werden die verdeckten Gewinnausschüttungen ohne Definition erwähnt: "Hierbei (bei der Ermittlung des Einkommens der Kapitalgesellschaft) sind auch verdeckte Gewinnausschüttungen zu berücksichtigen". § 19 KStDV zählt lediglich Beispiele für verdeckte Gewinnausschüttungen auf. Sie alle beruhen auf Schätzungen von Voraussetzungen, auf Fiktionen und unsicheren Vergleichen mit anderen Gesellschaftsverhältnissen, die die Finanzverwaltung für angemessen und daher für normal hält. Danach

1) vgl. Darstellung an Hand eines Beispiels hier auf S.59
2) gem. § 6 Abs.1 KStG

sind verdeckte Gewinnausschüttungen grundsätzlich dann gegeben, wenn der Gesellschafter oder ein sonst dem Gesellschafter nahestehender Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft für Leistungen gegenüber der Gesellschaft von dieser Vorteile in Geld oder Geldeswert erhält, die in gleicher Höhe einem gesellschaftsfremden Dritten für dieselben Leistungen nicht gewährt würden [1].

Ähnlich wie beim Teilwertgedanken [2] beruht die Ermittlung der verdeckten Gewinnausschüttung vorwiegend auf fiktiven Vergleichsmaßstäben. Wegen der Verschiedenartigkeit des gesamten Wirtschaftsprozesses und der Unterschiedlichkeit gerade kleiner auf individueller Basis aufgebauter Gesellschaftsverhältnisse sind die Anhaltspunkte, auf die sich die Finanzverwaltung beruft, zuweilen ungenau. Deshalb können sie dem Steuerpflichtigen erhebliche Härten und Ungerechtigkeiten aufbürden. Die Annahme verdeckter Gewinnausschüttungen wird, abgesehen von den wenigen eindeutig nachweisbaren Fällen, immer wieder zu Auseinandersetzungen zwischen Gesellschafter

---

1) vgl.andere Definitionen der verdeckten Gewinnausschüttungen bei: Bühler, O.: Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, Berlin-Frankfurt, 1956, SS.121, 165; Westerfellhaus-Glade, Verdeckte Gewinnausschüttung, 2.Aufl., Düsseldorf 1961, S.28, die auf die Definition des RFH v.19.12.1936 RStBl 1936 S.252 verweisen

2) Gesetzlich definiert in den §§ 12 BewG und 6 Abs.1 Ziff.1 EStG

und Finanzamt führen [1].

Im Rahmen der laufenden Veranlagung übernimmt das Finanzamt gewöhnlich die Gewinnerklärungen des Steuerpflichtigen, ohne sie zu ändern. Die Diskussion zwischen Unternehmer und Finanzbehörde über die verdeckten Gewinnausschüttungen entsteht somit fast regelmäßig im Verlauf oder beim Abschluß einer späteren Betriebsprüfung. Das gegenwärtige Ergebnis der Gesellschaft wird dann mit zusätzlichen Aufwendungen belastet, die wirtschaftlich in frühere Jahre gehören.

Ihrem Wesen entsprechend erfolgen verdeckte Gewinnausschüttungen nicht auf Grund von Beschlüssen, die den gesellschaftsrechtlichen Vorschriften über die Gewinnverteilung entsprechen [2]. Deshalb sind diese Zuwendungen auch nicht als berücksichtigungsfähige Ausschüttungen anzusehen [3]. Folglich muß die Kapitalgesellschaft sie zum vollen Steuersatz von 51 % oder im Fall der personenbezogenen Kapitalgesellschaft gegebenenfalls mit 49 % versteuern. Beim Empfänger sind diese Beträge Einkünfte aus Kapitalvermögen[4]. Dort unterliegen sie dem Tarif, der für den zu versteuernden Einkommensbetrag gilt. Infolgedessen kann die Belastung der verdeckten Gewinnausschüttung mit Körperschaftsteuer und Einkommensteuer auch 100 % übersteigen.

Rechnerisches Beispiel für die in einem besonders ungünstig gelagerten Fall denkbare Höhe der Steuerbelastung verdeckter Gewinnausschüttungen:

---

1) Dabei muß der Steuerpflichtige meist nachgeben, weil die Anforderungen an seine betriebliche Führungsrolle es gelten gestatten, daß er seine Energie auf endlos lange Steuerprozesse konzentriert. Gelegentlich erkennt er aber auch die schwere Belastung durch die Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen nicht in ihrer vollen Tragweite, so daß er sich allzu schnell den Feststellungen des Finanzamtes unterwirft.
2) vgl. dementsprechend § 19 Abs. 3 KStG
3) so Abschn. 47 Abs. 1 KStR
4) gem. § 20 Abs. 1 Ziff. 1 EStG

Tatbestand:

Eine Einmann-GmbH hat zu Gunsten ihres Gesellschafters A DM 4o.ooo.-- überhöhtes Kapital gezahlt. Das Finanzamt behandelt diese Zuwendung mit Erfolg als verdeckte Gewinnausschüttung. A ist ledig, kinderlos, also eine Person im Sinne des § 32 Abs.3 Ziff.1 EStG, für die der Splittingtarif nicht in Frage kommt. Sein zu versteuernder Einkommensbetrag betrug immer ca. DM 14o.ooo.--.

Behandlung:

1. Bei der GmbH:

   Die Gehaltszahlung in Höhe von DM 4o.ooo.-- hat das steuerpflichtige Einkommen der GmbH gemindert. Die DM 4o.ooo.-- werden dem laufender Einkommen der GmbH daher wieder zugerechnet. Die Körperschaftsteuer beträgt 51 % von DM 4o.ooo.-- = DM 2o.4oo.--.

2. Bei dem Gesellschafter A:

   Die höchste Progressionsstufe von 53 % Einkommensteuer ist für den gesamten zu versteuernden Einkommensbetrag von DM 14o.ooo.-- erreicht. Damit sind auch die DM 4o.ooo.-- bereits mit 53 % besteuert worden. Die Einkommensteuer von den DM 4o.ooo.-- betrug also DM 21.2oo.--.

   Insgesamt mußten also auf diese Gehaltszahlung von DM 4o.ooo.--, die sich später als verdeckte Gewinnausschüttung erwies, zunächst DM 21.2oo.- Einkommensteuer und später DM 2o.4oo.- Körperschaftsteuer, zusammen dann schließlich im Laufe der Zeit DM 41.6oo.-- gezahlt werden. Zwar liegen körperschaftsteuerbegründender Tatbestand und Fälligkeitszeitpunkt hier einige Jahre auseinander. Der aus dieser Zeitspanne der Gesellschaft erwachsende Zinsvorteil darf aber nicht über die Gefahr hinwegtäuschen, daß zumindest in einem solchen Sonderfall zur Zahlung der Einkommen- und Körperschaftsteuer ein Rückgriff auf die Vermögenssubstanz dieser Kapitalgesellschaft erforderlich werden kann.

Die hohe Besteuerung der verdeckten Gewinnausschüttung erfolgt nicht etwa auf Grund einer Strafvorschrift. Bei wirtschaftlicher Betrachtung kann man dieses Verfahren vielmehr als Sondersteuer ansehen, die sich aus

dem Zusammenwirken von Körperschaftsteuer und Einkommensteuer ergibt [1]. Rechtlich entsteht sie dadurch, daß Vorteile, die als Betriebsausgaben aufgezeichnet wurden und dem Gesellschafter zugeflossen sind, nicht als "berücksichtigungsfähige Ausschüttungen" gelten können. Hier nehmen Körperschaftsteuer- und Einkommensteuertarif in ihrem Zusammentreffen dann allerdings einen geradezu strafartigen Charakter an. In den meisten Fällen wird der als verdeckte Gewinnausschüttung festgestellte Betrag nämlich mit ca. 8o % - 85 % besteuert, weil man davon ausgehen kann, daß die Einkommensteuer bei diesen Gesellschaftern durchschnittlich zwischen 29 % und 34 % schwankt.

Von der Seite der Finanzverwaltung aus gesehen ist die Zurechnung der verdeckten Gewinnausschüttung zum Einkommen der Kapitalgesellschaft unbedingt erforderlich. Ohne diese Bestimmung wären die meisten Kapitalgesellschaften, besonders

---

1) Bühler,O.: Steuer und Gesellschaftsform, StuW 1943, Sp.2o7-2o8 weist darauf hin, daß allgemein auch die Einkommensteuersätze für Kapitalgesellschaften Bedeutung haben. Dies gelte aber nicht nur im Hinblick auf die gewöhnliche Ausschüttung, sondern insbesondere "bei der Erfassung von später irgendwie außerordentlicherweise entnommenem Gewinn".Hier seien "enge Kapitalgesellschaften" besonders gefährdet. Dort komme es erfahrungsgemäß immer wieder vor, daß die "Vorteilszuwendung" in der Einräumung von Gesellschaftsrechten oder in der Gewährung von Darlehen bestehe, mit deren Rückzahlung nicht mehr zu rechnen sei. Wenn solche Beträge dann als Einkommen beim Empfänger behandelt würden, führe das schnell in die höchsten Progressionsstufen des Einkommensteuertarifs und könne damit die Liquidität des Gesellschafters wie die der Gesellschaft aufs schwerste belasten.

aber die personalistisch[1] organisierten und darunter in erster Linie die Familienkapitalgesellschaften, in der Lage, dem Finanzamt gegenüber nach eigenem Ermessen einen gerade noch für vertretbar gehaltenen steuerpflichtigen oder auch gar keinen Gewinn zu erklären[2].

c) Der doppelte Besteuerungsansatz in Verbindung mit der Vermögensteuer

Die Kapitalgesellschaft ist als rechtlich selbständige juristische Person vermögensteuerpflichtig[3]. Die unbeschränkte Vermögensteuerpflicht erstreckt sich auf das Gesamtvermögen, das bei einer Kapitalgesellschaft mit dem Einheitswert des "gewerblichen Betriebs"[4] identisch ist. Der Steuersatz beträgt 1 %. Er ermäßigt sich aber bis zur Höhe der noch

1) Der Begriff "personenbezogen" (§ 19 Abs.1 Ziff.2 KStG) würde durchaus nicht das treffen, was hier gesagt werden soll. Auch wenn im einzelnen bereits die körperschaftsteuerlichen Grenzen der "Personenbezogenheit" überschritten sind, kann und wird es sich auch in den meisten Fällen noch durchaus um eine personalistisch organisierte Kapitalgesellschaft handeln; vgl. im übrigen Bühler, StuW 1943, Sp. 207, der in ähnlichem Zusammenhang von "engen Kapitalgesellschaften" spricht.

2) Die gleiche Bedeutung hat § 12 EStG bei der Besteuerung der natürlichen Personen. Ohne diese Bestimmung würde die Einkommensverwendung als steuermindernder Abzugsposten zugelassen und der Steuerpflichtige würde vermutlich niemals ein Einkommen erklären.

3) Gem. § 1 Abs. 1 Ziff. 2a VStG

4) Gem. § 54 Abs. 1 BewG gehören zum Einheitswert des gewerblichen Betriebs alle Teile einer wirtschaftlichen Einheit, die dem Betrieb eines Gewerbes als Hauptzweck dient, also auch der Untereinheitswert der Betriebsgrundstücke (gem.§ 57 Abs. 1 BewG), vgl. dementsprechend die Fassung des § 12 GewStG: "Als Gewerbekapital gilt der Einheitswert des gewerblichen Betriebs im Sinn des Bewertungsgesetzes...". Hier heißt es nicht etwa "Einheitswert des Betriebsvermögens"; denn abgezogen werden schließlich in § 12 Abs. 3 Ziff. 1 GewStG die Summe der Einheitswerte, mit denen die Betriebsgrundstücke in dem Einheitswert des gewerblichen Betriebs enthalten sind.

auf dem Vermögen ruhenden Lastenausgleichsverpflichtung auf 0.75 % [1].

Bei der natürlichen Person, der die Anteile an der Kapitalgesellschaft gehören, werden diese als sonstiges Vermögen im Rahmen des Gesamtvermögens noch einmal zur Vermögensteuer herangezogen. Der Wert des Gesamtvermögens wird jedoch nach anderen Grundsätzen ermittelt als der Einheitswert des gewerblichen Betriebs. Für die Vermögensbesteuerung der Anteile bei der natürlichen Person ist nämlich der gemeine Wert anzusetzen. Dieser wird bei nicht notierten Anteilen und bei solchen Beteiligungen, für die sich ein Wert aus Verkäufen nicht ableiten läßt, nach dem Stuttgarter Verfahren[2] ermittelt. Auch bei der unbeschränkt steuerpflichtigen natürlichen Person gilt für das Gesamtvermögen der Steuersatz von 1 %, der sich unter derselben Voraussetzung wie bei der unbeschränkt steuerpflichtigen Kapitalgesellschaft auf 0,75 % ermäßigt. Eine weitere Erleichterung ergibt sich dadurch, daß die gezahlte Vermögensteuer bei natürlichen Personen im Rahmen der Einkommensermittlung als Sonderausgabe in unbeschränkter Höhe abzugsfähig ist.

Die Personengesellschaft ist im Gegensatz zur Kapitalgesellschaft nicht als selbständiges Rechtssubjekt vermögensteuerpflichtig. Für sie wird der Einheitswert des gewerblichen Betriebs im Rahmen der einheitlich und gesonderten Feststellung der Besteuerungsgrundlagen ermittelt[3]. Die Besteuerung erfolgt

---

1) gem. § 8 VStG

2) vgl. ausführlichere Darstellung hier auf S. 68 Anm. 1

3) vgl. §§ 214, 215 Abs. 1 AO

aber allein beim einzelnen Gesellschafter, in dessen steuerpflichtigem Gesamtvermögen der Einheitswert des gewerblichen Betriebs der Personengesellschaft anteilig enthalten ist.

Anders als bei Depression wird die Vermögensteuer bei guter Konjunktur nicht als übermäßig drückende Belastung empfunden, obwohl sie anders als bei natürlichen Personen das Einkommen der Kapitalgesellschaft nicht mindern darf. Immerhin bedeutet aber der doppelte Besteuerungsansatz bei Kapitalgesellschaften und Gesellschaftern meist mehr als eine Verdoppelung der Vermögensteuerlast. Für Kapitalgesellschaft und Personengesellschaft wird zwar der Einheitswert des gewerblichen Betriebs als Substanzwert nach gleichen Grundsätzen ermittelt. In die Bewertung der gewöhnlich nicht an der Börse notierten Anteile an der Kapitalgesellschaft werden aber neben dem Unternehmenssubstanzwert auch die Ertragsaussichten der Gesellschaft mit einbezogen. Damit liegt der gemeine Wert des Anteils fast regelmäßig über dem entsprechenden Anteil am Einheitswert des gewerblichen Betriebs der Kapitalgesellschaft.

Die Vermögensbesteuerung von Kapitalgesellschaft und Gesellschaftern beträgt deshalb insgesamt gewöhnlich mehr als das Zweifache der Belastung einer vergleichbaren Personengesellschaft. Bedenklich erscheint dabei vor allem, daß die Vermögensteuer eine substanzabhängige Abgabe ist. Trotzdem bezieht man bei der Bewertung von nicht notierten Anteilen an Kapitalgesellschaften die Ertragsaussichten der Unternehmung in die Bewertung mit ein. Allerdings ist der Steuersatz so bemessen worden, daß die Steuerschuld normalerweise aus den Erträgen

des Vermögens gezahlt werden kann. Gerade bei Einmanngesellschaften und personalistisch organisierten Kapitalgesellschaften aber wirkt die im Vergleich zu Personengesellschaften mehr als doppelt so hohe Vermögensteuer besonders belastend. Wirtschaftlich besteht hier mämlich kaum noch eine Trennung zwischen Kapitalgesellschaft und Gesellschaftern.

## 2. Die Vermeidung bzw. Milderung der Doppelbesteuerung bei Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft

Für Personengesellschaften scheidet eine zweimal erfolgende Ertrags- und Vermögensbesteuerung aus. Ebenfalls ist der steuerliche Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung begrifflich allein bei Kapitalgesellschaften denkbar.

Eine ähnliche Wirkung geht bei Personengesellschaften von den betriebsfremden Aufwendungen aus, die von den Mitunternehmern als Betriebsausgaben angesetzt werden. Erkennt das Finanzamt solche Privatausgaben schließlich nicht als Betriebsausgaben an, so wiegen die damit verbundenen Folgen allerdings nicht so schwer wie die Besteuerung der verdeckten Gewinnausschüttungen. Im Ergebnis erhöht die Hinzurechnung solcher Ausgaben zum Gewinn aus Gewerbebetrieb zwar den zu versteuernden Einkommensbetrag und führt damit zu einer Steigerung des Einkommensteuertarifs. Der wesentliche Unterschied zu den verdeckten Gewinnausschüttungen liegt aber darin, daß diese Ausgaben nicht noch zusätzlich einer Körperschaftsteuer von 49 % oder 51 % unterliegen.

Bei der GmbH & Co KG läßt sich die sog. Doppelbesteuerung und die Gefahr verdeckter Gewinnausschüttungen nicht immer völlig vermeiden. Vorwiegend ist aber die GmbH hier als Komplementär eine ausgesprochene Verwaltungsgesellschaft, die die Funktion der Geschäftsführung und Vertretung der KG ausübt. Dafür erhält sie von der KG eine Arbeitsvergütung. Außerdem fließt ihr ein Gewinnanteil zu, auf den sie als Gesellschafterin Anspruch hat. Diesen Erträgen der GmbH, die im Verhältnis zum Gesamtergebnis der KG meist gering sind, stehen die in annähernd gleicher Höhe anfallenden Verwaltungsaufwendungen[1] gegenüber. Demzufolge wird gewöhnlich bei der GmbH ein nur geringfügiger steuerpflichtiger Gewinn ausgewiesen.

Die GmbH & Co KG hat, wenn sie beispielsweise als Familiengesellschaft personalistisch organisiert ist, ebenfalls steuerliche Vorzüge vor der Kapitalgesellschaft[2]. Als Personengesellschaft ermöglicht sie nämlich eine Aufspaltung der Einkünfte im Rahmen

---

1) Diese Verwaltungsaufwendungen entfallen im wesentlichen auf das Gehalt des Geschäftsführungsorgans. Geschäftsführer kann dabei ein Gesellschafter oder ein gesellschaftsfremder Dritter sein.

2) Die GmbH & Co KG ist eine Personengesellschaft. Sie unterliegt zwar insgesamt der Kapitalverkehrsteuer (Teil I, Gesellschaftsteuer). Insofern wird sie auf diesem Gebiet des Steuerrechts ausnahmsweise wie eine einheitliche juristische Person behandelt. Einlagen der Kommanditisten in die Gesellschaft lösen nämlich Gesellschaftsteuerpflicht beim Gesellschafter aus. Deshalb wird die GmbH & Co KG im Sinne der Kapitalverkehrsteuer gelegentlich als "große GmbH" (Hesselmann, M., a.a.O., S. 22) bezeichnet. Die Rechtsprechung enthält jedoch keine Ansätze, wonach diese Grundsätze auch auf das Gebiet der Körperschaftsteuer übertragen werden könnten.

der Familie[1]. Dadurch wird die Progression der Einkommensteuer oft erheblich abgeschwächt. Auf dem Wege der frühzeitigen Beteiligung von Familienangehörigen wird auch die Steuerlast zukünftiger Erbschaft- und Schenkungsteuer merklich gesenkt. In Form von nicht verbrauchten Gewinnen wachsen den Erben noch zu Lebzeiten des Erblassers Vermögenswerte zu, die andernfalls im Zuge der erbschaftsteuerpflichtigen Schenkung oder später im Erbgang selbst auf sie übergehen würden.

Ficht das Finanzamt einmal ein Gesellschaftsverhältnis zwischen Familienangehörigen mit Erfolg an, so führt dies letztlich zu einer Erhöhung des Einkommensteuertarifs. Wird aber demgegenüber ein Vertragsverhältnis des Gesellschafters mit seiner Kapitalgesellschaft vom Finanzamt berechtigterweise beanstandet, so werden die umstrittenen Beträge, die dem Gesellschafter zugeflossen sind, zumeist als verdeckte Gewinnausschüttung behandelt.

---

1) Das Einkommensteuerrecht erkennt im allgemeinen Gesellschaftsverhältnisse zwischen Familienangehörigen an. Zwischen den Beteiligten muß aber wirklich eine Mitunternehmerschaft vorliegen. Der Gesellschaftsvertrag muß also verwirklicht werden, so daß die tatsächliche Gestaltung mit der formellen Regelung des Vertragsverhältnisses übereinstimmt. Dabei müssen die aufgenommenen Familienangehörigen auch volle Gesellschafterrechte genießen. Ähnliches gilt auch für Arbeitsverhältnisse zwischen Ehegatten sowie zwischen Eltern und Kindern. Der Arbeits- oder Anstellungsvertrag muß hier zu den Bedingungen abgeschlossen werden, denen auch gesellschaftsfremde Dritte unterliegen. Ferner muß das Vertragsverhältnis dann auch tatsächlich ernsthaft von den Beteiligten durchgeführt werden.
vgl. zur Anerkennung von Familiengesellschaften Abschn. 138 EStR 1962

Die daran knüpfenden Folgen sind - wie bereits angedeutet - weitaus ungünstiger, als die Hinzurechnung steuerlich nicht anerkannter Abzugsbeträge zum Gewinn aus Gewerbebetrieb.

c. Die hohe Belastung aufrückender Anteilseigner mit Erbschaft- und Schenkungsteuer sowie die Beseitigung dieses Nachteils durch Umwandlung der Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft

Die Höhe der Besteuerung des "Erwerbs von Todes wegen"[1] und der "Schenkung unter Lebenden"[1] kann wesentlich davon abhängen, ob auf die Erben Beteiligungen an einer Personengesellschaft oder an einer Kapitalgesellschaft übergehen.

Beim Tode eines Kapitaleigners erwirbt der Angehörige Aktien oder GmbH-Anteile, die gesondert zu bewerten sind. Der Erbfall kann die Kapitalgesellschaft als verselbständigte körperschaftliche Organisation steuerlich nicht berühren. Anders ist zu entscheiden, wenn jemand im Wege des Erbganges Gesellschafter an einer Personengesellschaft wird. Damit erhält er eine Beteiligung als Mitunternehmer an dem auf ihn entfallenden Anteil am Einheitswert des gewerblichen Betriebs. Auch das Bewertungsrecht kennt nämlich bei Gesamthandgemeinschaften das Rechtsinstitut der Mitunternehmerschaft[2].

Während der Anteil eines Kapitalgesellschafters zum sonstigen Vermögen gehört, rechnet die Beteiligung des Mitunternehmers zum Betriebsvermögen.

---

1) Das sind die beiden wesentlichen erbschaftsteuerlichen Tatbestände, gem. § 1 Abs. 1 Ziff. 1 u. 2 ErbStG

2) gem. § 56 Abs. 1 Ziff. 7 BewG

Von dieser bewertungsrechtlichen Einstufung in verschiedene Vermögenshauptarten geht auch die Erbschaftsteuer aus. Sie wird beim aufrückenden Personengesellschafter nach dem auf ihn entfallenden Anteil am Einheitswert des gewerblichen Betriebs ermittelt. Demgegenüber wird bei dem Anteilseigner einer Kapitalgesellschaft der gemeine Wert der ererbten oder geschenkten Beteiligung zugrunde gelegt. Dieser ist, soweit es sich dabei nicht um börsennotierte Anteile handelt oder soweit sich nicht ein Wert aus Verkäufen ableiten läßt, unter Berücksichtigung des Gesamtvermögens und der Ertragsaussichten der Gesellschaft zu schätzen[1].

Der letztlich von der Rechtsform abhängige Bewertungsansatz führt meist zu erheblichen Mehrbelastungen für die Nachfolger des Anteilseigners an einer Kapitalgesellschaft. Die Einbeziehung der Ertragsaussichten der Gesellschaft in die Wertermittlung wirkt sich hier nänlich als Nachteil aus. Der Einheitswert des gewerblichen Betriebs einer Personengesellschaft, der zugleich als Bemessungsgrundlage für die Erbschaftsteuer gilt, ist dagegen ein ausgesprochener Substanzwert.

---

1) Die Ermächtigung zur Schätzung ist in § 13 Abs. 2 BewG enthalten. Die Finanzverwaltung hat dazu das sog. Stuttgarter Verfahren entwickelt. Danach ist der gemeine Wert der nicht notierten Anteile gleich 80 % der Summe aus einem in Prozent ausgedrückten Substanzwert und dem dreifachen Durchschnittsertragshundertsatz aus Erträgen der drei vor dem Hauptfeststellungszeitpunkt liegenden Jahre. Genauere Einzelheiten über den Ansatz der Zu- und Abschläge bei der Ermittlung von Substanzwert und Ertragshundertsatz enthält die "Verwaltungsanordnung zur Bewertung nicht notierter Aktien und Anteile vom 28.1.1958" (im Bundesanzeiger Nr. 21 v. 31.1. 1958.). Die Finanzverwaltung kommt zu der allgemeinen Formel: $x = 80\ \% \ (S + 3\ E)$
x = gemeiner Wert in Prozent; S = Vermögenswert in Prozent; E = Ertragshundertsatz;

Bei seiner Ermittlung bleiben nämlich die Ertragsaussichten der Gesellschaft unberücksichtigt. Dieser Substanzwert setzt sich aus den zum gewerblichen Betrieb gehörenden Wirtschaftsgütern zusammen, die in der Regel mit dem Teilwert anzusetzen sind[1].

In Bezug auf eine "gutgehende" Unternehmung werden erbschaftsteuerlich somit besonders die Erben von Anteilseignern an Kapitalgesellschaften gegenüber Erben von Personengesellschaftern benachteiligt[2]. Zur Zahlung ihrer fälligen Steuerschulden können Erben von Anteilen an Kapitalgesellschaften nur unter erschwerten Bedingungen Kapital aus der Gesellschaft ziehen. Durch Kapitalherabsetzung können solche Gelder der Unternehmung allein auf Grund eines Beschlusses der qualifizierten Mehrheit der Haupt- oder Gesellschafterversammlung entzogen werden[3]. Eine Gewinnausschüttung im Wege der Auflösung offener Rücklagen ist ebenfalls möglich. Sie kann sogar mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden. Nachteilig wirkt sich nur die damit verbundene hohe Doppelbesteuerung aus, die bei einer Ausschüttung im Wege der Kapitalherabsetzung vermieden werden

---

1) Teilwertansatz gem. § 66 Abs. 1 BewG

2) so auch Baier, C.G., a.a.O., S. 495

3) Ausschüttungen an die Gesellschafter im Wege einer Kapitalherabsetzung sind nur unter erschwerten Bedingungen möglich; vgl. im einzelnen § 187 AktG; § 58 GmbHG; sowie Lehmann, H.: Gesellschaftsrecht (Handelsrecht Teil II), Berlin 1949, S. 240/258

kann[1].

Die für diese Beschlüsse erforderliche Mehrheit kann zuletzt auch am Widerspruch von Gesellschaftern scheitern, die aus anderen Einkünften oder Vermögensquellen über die zur Erbschaftsteuerzahlung erforderlichen Mittel verfügen. Demgegenüber sehen sich finanzschwache Gesellschafter oft genötigt, einen Teil ihres ererbten Anteilbesitzes zu veräußern, um aus dem Erlös die fällige Erbschaftsteuer zu entrichten. Damit können gerade bei Kapitalgesellschaften leicht außenstehende Personen in den vormals geschlossenen Kreis der Familienunternehmung eindringen.

Trotzdem gilt die Kapitalgesellschaft und darunter vor allem die GmbH betriebswirtschaftlich und gesellschaftsrechtlich allgemein als geeignete Rechtsform für eine Familiengesellschaft. Sie bietet nämlich - soweit man von der nachteiligen Wirkung der Erbschaftsteuer absehen kann - eine gewisse Gewähr dafür, daß die Unternehmung unter dem Eigentums- und Leitungseinfluß der Familie oder des vom Erblasser sonst dafür vorgesehenen Gesellschafterkreises fortgeführt wird. Gesetzlich bestehen Sicherheiten gegen willkürliche Kapitalausschüttungen an einzelne Gesellschafter. Ebenfalls ist der Bestand der Rechtsform einer GmbH nach dem Willen des Gesetzgebers von der Lebensdauer der Gesellschafter unabhängig. Man kann den Gesellschafter auch fest

---

1) Aufgelöste stille oder offene Rücklagen gehören zwar zu den berücksichtigungsfähigen Ausschüttungen, so Abschn. 47 Abs. 1 KStR. Dabei sind offene Rücklagen aber früher bereits mit 51 % oder 49 % besteuert worden. Der Differenzbetrag in Höhe von 51 % - 15 % = 36 % oder 49 % - 26.5 % = 22.5 % wird jetzt im Zeitpunkt der Ausschüttung nicht etwa auf die Steuerschuld der Kapitalgesellschaft angerechnet oder erstattet. Insofern wird die später einmal beschlossene Ausschüttung offener Rücklagen ähnlich teuer wie die verdeckte Gewinnausschüttung besteuert.

an die Gesellschaft binden, indem man in der Satzung die Veräußerung des Gesellschaftsanteils verbietet [1].

Diese einschlägigen gesellschaftsrechtlichen und betriebswirtschaftlichen Vorteile der Kapitalgesellschaft, vor allem der GmbH, als Rechtsform für eine Familiengesellschaft können also durch den Anfall besonders hoher zukünftiger Erbschaftsteuern geradezu in ihr Gegenteil verkehrt werden [2]. Daher sieht Böttcher in der durchweg geringen Belastung der Personengesellschaft mit Erbschaftsteuer sogar das wichtigste Umwandlungsmotiv [3]. Steuerpflichtige, die diese Zusammenhänge erkennen, müßten sich - besonders im Interesse ihrer Nachfolger - nach Böttchers Auffassung eigentlich für die Personengesellschaft und darunter am besten für die GmbH & Co KG entscheiden.

Eine GmbH & Co.KG kann, selbst wenn sie kapitalistisch organisiert ist, ebenso wie eine Kapitalgesellschaft die gesicherte Fortführung der Unternehmung im Rahmen einer Familie gewährleisten [4]. Schon zu Lebzeiten des Erblassers läßt sich der Übergang der Unternehmung auf die zukünftigen

---

1) so § 15 Abs.4 GmbHG

2) Ein satzungsmäßiges Veräußerungsverbot gem.§ 15 Abs.4 GmbHG und der von der Erbschaftsteuerbelastung ausgehende indirekte Zwang zur Veräußerung einiger Anteile können zusammentreffen. Diese Frage ist in Schrifttum und Rechtsprechung noch nicht behandelt worden. Es kann aber mit hinreichender Sicherheit angenommen werden, daß notfalls der Pfändungsanspruch des Finanzamts vorgeht, wenn der betreffende Gesellschafter kein sonstiges Privatvermögen besitzt.

3) Böttcher, C., in "Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften", 5.Aufl., Berlin und Frankfurt, 1958, S.545 f.

4) vgl.die ausführliche Darstellung auf S.1o9 vor allem Anm.1

Erben einleiten. Dabei werden im Wege der Schenkung die Kommanditbeteiligungen auf die Nachfolger übertragen. Der Erblasser verfügt jedoch bis zu seinem Ableben über die Mehrheit des GmbH-Kapitals. Damit liegt die Willensbildung und zugleich die Macht über die Gesamtunternehmung weiterhin in seinen Händen. Die Einbeziehung der Ertragsaussichten in die Bewertung dieser GmbH-Beteiligungen beim späteren Erbgang wird regelmäßig zu unerheblichen Werterhöhungen führen, weil die GmbH als Verwaltungsgesellschaft meistens mit unbedeutendem Gewinn abschließt.

Falls nun die Kommanditbeteiligungen nicht schon zu Lebzeiten des Erblassers auf die Angehörigen übergegangen sind, wird der einmalige Anfall der Erbschaftsteuer nicht zu übermäßigen Härten für die Betroffenen führen. Hier dient - wie bereits erwähnt - der Einheitswert des gewerblichen Betriebs der KG als Bemessungsgrundlage. Infolgedessen fällt die Erbschaftsteuer wesentlich niedriger aus als beim Erwerb von Anteilen an einer ertragreichen Kapitalgesellschaft.

d. Die wirtschaftlich unterschiedliche Bedeutung der Steuervergünstigung des Verlustabzugs für Personen- und Kapitalgesellschaften

"Steuerpflichtige, die den Gewinn nach § 5 EStG auf Grund ordnungsmäßiger Buchführung ermitteln, können die Verluste der fünf vorangegangenen Veranlagungszeiträume aus Gewerbebetrieb wie Sonderausgaben vom Gesamtbetrag der Einkünfte abziehen, soweit ihnen ein Ausgleich oder Abzug der Verluste in den vorangegangenen Veranlagungszeiträumen nicht möglich war" [1].

1) So der Wortlaut des § 10 d EStG. Diese Bestimmung gilt nach § 15 KStDV auch für Kapitalgesellschaften. Das geht allerdings aus § 10 d EStG schon selbst hervor, weil es dort heißt:" wie Sonderausgaben" (nicht etwa als Sonderausgaben). Diese Formulierung mußte im Hinblick auf das Körperschaftsteuergesetz so gefaßt werden, weil bei der Kapitalgesellschaft Sonderausgaben nicht denkbar sind.

Bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft geht die Steuervergünstigung des Verlustabzugs verloren [1]. Sie ist nämlich streng an die Person gebunden, die diesen Verlust erlitten hat. Dies geht aus dem Wortlaut des Gesetzes selbst hervor: ".....", soweit ihnen ein Ausgleich oder Abzug der Verluste .... nicht möglich war" [2]. Die Einkommensteuerrichtlinien sprechen dies deutlicher aus [3]: "Er (der Verlustabzug) geht nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden auf einen anderen über".

Die Unübertragbarkeit der Vergünstigung des Verlustabzugs trifft Personen- und Kapitalgesellschaften höchst unterschiedlich. Dieses Privileg kann jeweils nur derjenige nutzen, der den Verlust erlitten hat und auch wirtschaftlich tragen muß. Insofern hängt der wirtschaftliche Wert dieser Vergünstigung maßgeblich davon ab, ob der Verlust im Rahmen einer Personengesellschaft oder einer Kapitalgesellschaft zustande gekommen ist.

Im ersten Fall entfällt der Verlust nämlich auf die Mitunternehmer. Beim Ausscheiden eines Mitunternehmers geht der Gesellschaft auch der auf diesen entfallende Anteil der Verlustabzugsvergünstigung verloren. Ein neu eintretender Gesellschafter kann infolgedessen den Verlustabzug des Vorgängers nicht bei seiner Einkommensermittlung geltend machen.

Im anderen Fall berührt der Gesellschafterwechsel unter den Anteilseignern den Verlustabzug nicht. Dieser steht der Kapitalgesellschaft

---

1) vgl.Littmann, E.: Das Einkommensteuerrecht, 7.Aufl., Stuttgart 1962, S.97o

2) siehe Fußnote 1) auf Seite 72

3) Abschn.115 Abs.2 EStR 1962

als juristischer Person zu, die von Veränderungen im Gesellschafterbestande unabhängig ist. Das gleiche gilt uneingeschränkt bei "personenbezogenen" Kapitalgesellschaften und selbst bei Einmanngesellschaften.

Die privatwirtschaftliche Bedeutung des Verlustabzuges liegt für Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften gleichermaßen darin, daß bei beiden die in den vergangenen fünf Jahren erlittenen Verluste bei der Einkommensermittlung als Abzugsposten angesetzt werden können. Solange in dieser Zeit die Vermögensverluste noch nicht durch Gewinne gedeckt werden konnten, entfällt aber meist [1] eine Ertragsbesteuerung. Nach Ablauf der Fünfjahresfrist setzt jedoch, selbst wenn noch ein Verlustrest verbleibt, die volle Gewinnbesteuerung wieder ein. Die Verlusttilgung kann dann nur noch im Wege der steuerpflichtigen Gewinnverwendung erfolgen.

In den ersten Jahren der Entstehung solcher Verluste läßt sich vielfach schon von sachverständiger Seite aus beurteilen, ob die negativen Ergebnisse bis zum Ablauf der Fünfjahresfrist ausgeglichen werden können. Oft haben die geschäftsführenden Gesellschafter die schlechte Ertragslage der Unternehmung nachweislich verschuldet. In ihrer Stellung bedeutet wirtschaftliche Unerfahrenheit meist ein gefährliches Hemmnis für den eigenen Betrieb. Nicht selten gelangen völlig branchenfremde Gesellschafter im Wege des Erbganges in Geschäftsführerstellungen, in denen Anforderungen an sie gestellt werden, die ihre Fähigkeiten übersteigen.

---

1) Für die Gewerbesteuer kann sich trotz einkommensteuerlich wirksamen Verlustabzuges infolge der Hinzurechnungen des § 8 GewStG ein positiver Gewerbeertrag ergeben.

Bei normaler Konjunkturlage werden solche Unternehmer ihre Gesellschaft aus eigener Kraft nur selten in kurzer Zeit wieder wirtschaftlich neu beleben können. Dabei zeigen sie keinerlei Bereitschaft, die in ihrer Person begründet liegende unternehmerische Untüchtigkeit zugeben zu wollen. Das ist gewöhnlich ihr schwerster Fehler. Solche Persönlichkeiten wollen es dann um den Preis ihrer Existenzgrundlage nicht wahrhaben, daß geeignetere Fachleute als sie das Unternehmen retten könnten. In den meisten [1] Fällen kann allein ein Unternehmerwechsel bzw. die Aufnahme neuen Beteiligungskapitals, durch das ein kundiger Fachmann in die Unternehmung gelangt, zu einer echten Sanierung führen. Dabei muß gerade einem zu diesem Zweck neu aufgenommenen Kapitalgeber ganz besonders an einer steuerfreien Vermögensbildung bis zum Ablauf der Fünfjahresfrist gelegen sein.

In der Möglichkeit des Beteiligungswechsels ohne nachteilige Auswirkung auf das Verlustabzugsprivileg liegt ein großer Vorzug der Kapitalgesellschaft. Dem Grundsatz der Trennung von Gesellschafter und juristischer Person im Handelsrecht erfolgt das Steuerrecht auch in der Behandlung des Verlustabzugs. Der Wechsel zwischen den Anteilsignern hat deshalb keine Auswirkungen auf das Fortbestehen der Verlustabzugsvergünstigung. So kann der ungeeignete Gesellschaftergeschäftsführer bzw.Gesellschaftervorstand seine Beteiligung einem fachkundigen Kapitalgeber anbieten,ohne der Gesellschaft mit dieser Maßnahme

---

1) Das gilt auch dann, wenn schon andere Sanierungsversuche,wie z.B. ein Schuldenerlaß der Gläubiger, vorausgegangen sind. Nur diese Sanierungsmaßnahme ist übrigens von einkommensteuerlicher Bedeutung, weil hier dem Unternehmen unversteuerte Gewinne zufließen; so Krollmann, H.: Sanierung und Verlustabzug, BB [illegible], S. [illegible]; das Verhältnis solcher Sanierungsgewinne zum Verlustabzug und deren steuerliche Beurteilung ist jedoch eine andere,zu weit vom Thema abführende Frage.

die seiner Beteiligung entsprechende Vergünstigung des Verlustabzugs zu entziehen.

Für den alten Gesellschafter hat diese Beteiligung ohnehin meist nur noch geringen Wert. Besonders wenn die erlittenen Verluste auf eigenes Verschulden zurückzuführen sind, besteht wenig Aussicht darauf, daß derselbe Gesellschafter die ungünstige Situation ohne fremde Unterstützung beheben kann. So ist die Verlustabzugs-Vergünstigung für ihn, solange er im Unternehmen als Gesellschaftergeschäftsführer oder -vorstand verbleiben will, von geringer Bedeutung und kann den Wert seiner Beteiligung kaum noch anheben.

Einem Erwerber dieser Beteiligung bietet die Möglichkeit des Verlustabzuges dagegen einen erfolgversprechenden Anreiz zu steuerfreier Vermögensbildung. Die Verlustabzugsvergünstigung ist also sehr relativer Natur. Für denjenigen, dem es nicht gelingt, in kurzer Zeit wieder Gewinne zu erwirtschaften, ist sie nahezu bedeutungslos. Er kann sie höchstens beim Verkauf seiner Beteiligung oder des ganzen Unternehmens als Vorzug anpreisen. Der neu hinzutretende Kapitalgesellschafter, der über besondere Fachkenntnisse, unternehmerische Begabung oder weitläufige Beziehungen verfügt, wird aber bei erfolgreicher Tätigkeit über die noch bestehende Möglichkeit des Verlustabzuges schnell zu neuem Vermögen kommen können. Insofern hat diese Steuervergünstigung den Charakter "latenten Vermögens". Bei fortdauernd schlechter Ertragslage bleibt es nämlich bei einer Unterbilanz [1]. Eine Besserung

---

1) Die Unterbilanz kann dann höchstens im Wege buchtechnischer Sanierungsmaßnahmen beseitigt werden. Die Verkürzung der Aktiva und Passiva um die Höhe des Verlustes verändert lediglich das äußere Bilanzbild. Der erlittene Vermögensverlust wird materiell dadurch nicht beseitigt.

der betrieblichen Verhältnisse wird dagegen vom Fiskus mit einem zeitlich begrenzten Verzicht auf die Gewinnbesteuerung bis zur Höhe der erlittenen Verluste belohnt.

Besonders groß ist der Anreiz zur Beteiligung an notleidenden Kapitalgesellschaften für Unternehmer, die mit Sicherheit den bisher aufgelaufenen Verlust durch Gewinne beseitigen können. Solche Unternehmer beherrschen meist schon andere Wirtschaftsbetriebe, die der sanierungsbedürftigen Kapitalgesellschaft preislich günstige Aufträge erteilen müssen. Mit hinreichender Sicherheit läßt sich dann der bisher aufgelaufene Verlust in der erforderlichen Zeitspanne beseitigen.

Die Vorzüge des Verlustabzuges, die sich aus seiner Bindung an die juristische Person ergeben, können nur derselben Kapitalgesellschaft zugute kommen. Das entspricht auch dem wirtschaftlichen Sinn dieser Vergünstigung. Um frühere Verluste tilgen zu können, sollen spätere Gewinne nicht versteuert werden [1]. Deshalb dürfen die Gesellschafter den Vorteil des Verlustabzuges nicht in ihrem persönlichen Interesse "kommerzialisieren" und zum "Handelsobjekt" machen [1]. Darin sieht Grieger [1] eine Steuerumgehung, die die Anwendung des § 6 StAnpG nahelegen könnte. Soll beim sog.Mantelkauf der Tatbestand der Steuerumgehung vermieden werden, so müssen die Erwerber nach Grieger die künftigen Gewinne auch tatsächlich zur Deckung der früheren Verluste einsetzen, indem sie die Gläubiger damit befriedigen. Littmann sieht dagegen allgemein keinen Mißbrauch im Erwerb eines Mantels mit Verlustvortrag, "falls

---

1) Grieger,: Mantelkauf und Verlustabzug, BB 1958, S.26o.

das Registergericht die Gesellschaft weiterhin als bestehend anerkennt" [1]. In jedem Fall wäre aber einem bürgerlich-rechtlich nichtigen Mantelkauf auch steuerlich die Anerkennung zu versagen [2].

Kritische Bedenken gegen das Verlustabzugsprivileg ergeben sich vor allem aus der Feststellung, daß sich diese Bestimmung konzentrationsfördernd auswirken kann. Die besagte Vergünstigung legt es Unternehmern oder Unternehmungen, die bereits über umfangreiche Wirtschaftsmacht verfügen, geradezu nahe, sich für Mehrheitsbeteiligungen an lotleidenden Kapitalgesellschaften zu interessieren. Zwar haben auch Unternehmer kleiner und mittelgroßer Wirtschaftsbetriebe hier die große Chance, ihre Fachkenntnisse und ihre Begabung einzusetzen, um im Wege über die Beteiligung an einer Kapitalgesellschaft mit noch bestehender Verlustabzugsvergünstigung "latentes Vermögen" in effektives Vermögen umzuformen. Dabei droht ihnen aber ein erheblich höheres Risiko als einem Konzern, bei dessen untergeordneten Gesellschaften sich der Gewinnausweis durch den Abschluß von Lieferverträgen und Ergebnisabführungsverträgen weitgehend manipulieren läßt.

Die Verlustabzugsvergünstigung ist jedoch ungeachtet ihrer konzentrationsfördernden Wirkung volkswirtschaftlich wertvoll. Für Gesellschaften, die vom Konkurs bedroht sind, wirkt sie sich als fiskalpolitische Unterstützung zur Durchführung notwendiger Sanierungen und damit zur

---

1) Littmann, E., a.a.O., S.97o

2) Hoffmann, F.: Der Mantelkauf in der Rechtsprechung des BFH, BB 1958, S.812

Erhaltung eines oftmals im Kern noch gesunden Betriebsgefüges [1] aus. Voraussetzung bleibt jedoch dabei, daß es sich um Kapitalgesellschaften handelt, weil solche Sanierungen überwiegend im Wege des Beteiligungswechsels vollzogen werden. Der fachlich qualifizierte Betriebsführer, der auf diese Weise als Miteigentümer und -unternehmer an die Spitze der Unternehmung gelangt, kann dann oft noch rechtzeitig die drohende Insolvenz abwenden. Konkurse führen regelmäßig zu Wertverlusten, die letztlich die gesamte Volkswirtschaft mittragen muß. Hauptsächlich diese Erkenntnis veranlaßt den Staat hier - wenn auch befristet - , auf die Gewinnbesteuerung zu verzichten, um damit die Voraussetzung für eine schnelle Besserung der unbefriedigenden Ertragslage zu schaffen.

Allgemein muß die vom Beteiligungswechsel unabhängige Vergünstigung des Verlustabzuges gewiß, als bedeutender Vorzug der Kapitalgesellschaft gewertet werden, welcher sich nicht mit Gesamthandgemeinschaften verbinden läßt. Entscheidende Bedeutung kann aber letztlich nur der Beurteilung des Einzelfalles zukommen. Erfahrungsgemäß schwankt die Last der Besteuerung mit der jeweils veränderten Wirtschaftslage der Kapitalgesellschaft. In Zeiten, in denen die Verlustabzugsvergünstigung in Anspruch genommen werden kann, scheidet infolge des Steuerverzichts schon die laufende Belastung mit gewinnabhängigen Steuern

---

1) Hasenack, W., Kategorien, Betriebliche, HdB 3.Aufl. 1956 - 1962 (Sonderdruck) Sp.3095; "Gefüge ist ein Ganzes, das in innerer Ordnung aus aufeinander abgestimmten Teilen zusammengesetzt ist. Betriebsgefüge ist das Ergebnis einer wechselseitigen Verknüpfung und Durchdringung von betrieblichen Elementen".

weitgehend [1] aus. Ebenfalls entfällt dann die besonders hohe Steuerbelastung der Erbschaft des aufrückenden Anteilseigners, da ein Ertragswert der Kapitalgesellschaft die Bemessungsgrundlage nicht erhöhen kann [2].

Damit erscheint unter dem Gesichtspunkt der Besteuerung der in der wirtschaftlichen Krise befindlichen Unternehmung die Rechtsform der Kapitalgesellschaft beständiger als die einer Personengesellschaft. Nachweisbare Mehrbelastungen steuerlicher Art verlieren sich nämlich bei der Kapitalgesellschaft in Krisenzeiten. Sie können sich dann sogar, wie das Beispiel des Verlustabzugs zeigt, in beachtliche Vorteile umwandeln. Von dynamischen und selbstbewußten Unternehmern wird dem Vorteil des steuerfreien und bei Kapitalgesellschaften vom Beteiligungswechsel unabhängigen Verlustabzuges allerdings selten allzu große Bedeutung beigemessen. Sie können sich eine Verlustsituation überhaupt schlecht vorstellen. Infolgedessen bevorzugen sie Unternehmungsformen, die bei gewöhnlichem Geschäftsgang möglichst niedrige Aufwendungen verursachen.

---

1) Die Frage der verdeckten Gewinnausschüttung hat aber weiterhin Bedeutung. Die Gesellschafter werden nämlich weiterhin bestrebt sein, sich die Steuervergünstigung des Verlustabzugs möglichst lange zu erhalten. Solange verdeckte Gewinnausschüttungen als solche vom Finanzamt nicht erkannt werden, kommt es in entsprechendem Umfang nicht zu einer Aufzehrung des Verlustvortrages; ebenfalls wird zuweilen infolge der Hinzurechnungen bei der Gewerbesteuer trotz einkommen- oder körperschaftsteuerlicher Verluste noch ein positiver Gewerbeertrag ermittelt.

2) vgl.hier S.67 ff.

## IV. Die Bedenken vieler bundesdeutscher Unternehmer gegen die mit Kapitalgesellschaften verbundene Publizität als Anlaß für Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften

Allgemein versteht man betriebswirtschaftlich unter Unternehmenspublizität die Unterrichtung der Öffentlichkeit über das abgelaufene, gegenwärtige und für die Zukunft geplante Betriebsgeschehen [1]. Die Offenlegung solcher betrieblichen Verhältnisse richtet sich an jeden, der nicht zur Leitung der Unternehmung gehört. Den Geschäftsleitungen aller Gesellschaften steht es frei, ihre Betriebsergebnisse bis ins einzelne zu veröffentlichen. Dies werden die verantwortlichen Unternehmer jedoch nur dann gutheißen, wenn sie ansehnliche Erfolge ausweisen können. Sie versprechen sich davon eine Stärkung des Goodwill. Mißerfolge möchten sie aber vor der Öffentlichkeit verbergen.

### a. Umwandlungen zur Vermeidung der Veröffentlichung des Jahresabschlusses von Kapitalgesellschaften

Mit der Umwandlung von Aktiengesellschaften in Personengesellschaften kann allgemein die vielen bundesdeutschen Unternehmern unangenehme Pflicht zur Publizität vermieden werden. Das gilt auch dann, wenn an der neuen Personengesellschaft eine GmbH als Komplementär beteiligt wird. Nach geltendem Recht ist bisher nur die Aktiengesellschaft zur Prüfung und Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses verpflichtet.

---

1) vgl.dazu den Begriff der Publizität "im engeren Sinn" in HdB, 1957/58/6o, 3.Aufl. Bd.II Sp. 451o; ebenso: Saage, G. "Kontrollfunktion der Publizität", FAZ v.16.11.1962: "Publizität ist die Bekanntgabe von Daten wirtschaftlicher Unternehmen".

Aktiengesellschaften sind kraft Gesetzes [1] zur Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses verpflichtet. Diese Vorschrift bezieht sich auf die Bilanz und die Gewinn- und Verlustrechnung. Zum Handelsregister sind Jahresabschluß und Geschäftsbericht einzureichen [2]. Beide müssen mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptversammlung zur Unterrichtung der Aktionäre über die Ergebnisse des abgelaufenen Wirtschaftsjahres in den Geschäftsräumen der Gesellschaft ausliegen [3]. Darüber hinaus sind Jahresabschluß und Geschäftsbericht vor ihrer Weitergabe an den Aufsichtsrat von einem oder mehreren sachverständigen Abschlußprüfern zu prüfen [4].

Die Kosten der Abschlußprüfung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses wiegen besonders bei kleinen Aktiengesellschaften schwer. Diese Gesellschaften gleichen in ihrem organisatorischen Aufbau vielfach eher einer typischen Personengesellschaft als einer Körperschaft mit weit gestreutem Anteilsbesitz. Trotzdem muß der geprüfte Jahresabschluß veröffentlicht werden, da die zwingenden gesetzlichen Vorschriften selbst bei solchen Aktiengesellschaften keine Ausnahme zulassen.

Nach der ursprünglichen Konzeption des Gesetzgebers sollte die Rechtsform der AG solchen Großunternehmungen zur Verfügung stehen, die nur auf breiter geldlicher Basis aufbauen und fortbestehen konnten. Insofern mußte den zahlreichen Gesellschaftseigentümern, von denen der

---

1) gem.§ 143 Abs.2 AktG
2) gem.§ 143 Abs.1 AktG
3) gem.§ 125 Abs.6 AktG
4) gem.§ 175 Abs.1 AktG

Einzelne keinen Einfluß auf die Geschäftsführung ausüben konnte, in Form strenger Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften die Werterhaltung ihrer Kapitaleinlagen garantiert werden. Dieses Schutzbedürfnis der in wirtschaftlichen Angelegenheiten teilweise unerfahrenen Öffentlichkeit nimmt jedoch ab, wenn im Rahmen kleiner Aktiengesellschaften die Gesellschafter zugleich auch mit der Geschäftsführung betraut sind. Trotzdem unterscheidet das Aktiengesetz in Bezug auf die Prüfungs- und Veröffentlichungspflicht nicht zwischen großen Publikumsaktiengesellschaften und kleinen Aktiengesellschaften, die auf den engen Beziehungen einer persönlichen Zusammenarbeit unter den Anteilseignern aufbauen.

Bei der Diskussion über eine Reform des Aktiengesetzes und des GmbH-Gesetzes wird neuerdings auch das Argument von der "Sozialpflichtigkeit des Eigentums" [1] betont. In der heutigen industriellen Massengesellschaft müsse die Öffentlichkeit laufend über die wirtschaftliche Lage der Unternehmen informiert werden. Volkseinkommen und Arbeitsmarkt seien aufs engste mit der wirtschaftlichen Entwicklung der größeren Betriebe verknüpft. Deshalb solle man von einer bestimmten Betriebsgröße an alle Kapitalgesellschaften unter strengere Rechnungslegungs- und Prüfungsvorschriften stellen, als sie bisher für Aktiengesellschaften allein galten.

Die im Grundgesetz enthaltene Bestimmung über die "Sozialpflichtigkeit des Eigentums" richtet sich zweifellos an alle Gesellschaften, Unter-

---

1) Winter, H.: Die Publizität des Jahresabschlusses der GmbH im deutschen und ausländischen Recht, GmbH-Rdsch-1961, S.194,folgert diesen Grundgedanken aus Art.14 Abs.2 GG

nehmer und sonstigen Eigentümer. In der Regel erscheint aber ein besonderer Schutz im Interesse der Allgemeinheit nur bei sehr großen Unternehmungen erforderlich. Der Öffentlichkeit kann man deshalb den Anspruch zubilligen, unabhängig von der Rechtsform solcher Großunternehmungen wenigstens jährlich über deren wirtschaftliche und finanzielle Situation unterrichtet zu werden.

Die 1959 verkündete, sog.kleine Aktienrechtsreform bezieht sich nur auf Aktiengesellschaften [1]. In diesem verhältnismäßig engen Rahmen sollen nach § 132 AktG neuer Fassung die strengen Gliederungsvorschriften der Gewinn- und Verlustrechnung nicht für alle Aktiengesellschaften ohne Unterschied der Größenordnung verbindlich sein. Danach dürfen nämlich kleine Aktiengesellschaften zwischen der bisher geltenden Gewinn- und Verlustrechnung und dem neuen Gliederungsschema, das den Bruttoerfolgsausweis vorsieht, wählen [2]. Diese Ausnahmeregelung ist ebenfalls in den Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes eingearbeitet worden [3].

Mit der bereits in Fachkreisen diskutierten Ausdehnung der Publizitätsvorschriften auf einen größeren Kreis von Unternehmungen unabhängig von deren Rechtsform könnten demnächst auch Personengesellschaften zur Offenlegung ihres Jahresabschlusses verpflichtet werden. Einem Entwurf der

---

1) vgl.§ 19 Nr.2 des Gesetzes über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und über die Gewinn-und Verlustrechnung vom 23.12.1959 (Bundesgesetzblatt I, S.789)

2) Dieses Optionsrecht steht Familiengesellschaften im Sinne des § 77 Abs.6 BVG mit einer Bilanzsumme unter 10 Mio DM und sonstigen Aktiengesellschaften mit einer Bilanzsumme unter 3 Mio DM zu; so auch § 147 Abs.4 Reg.Entw.AktG.

3) in § 147 Abs.4 Reg.Entw.AktG.

SPD zufolge soll sich die kritische Grenze für eine Publizitätspflicht der Unternehmungen von 2000 Arbeitnehmern, 50 Millionen DM Jahresbilanzsumme oder 100 Millionen DM Jahresumsatz ergeben [1]. Allgemeine Schätzungen zufolge hätten bei einer Verwirklichung dieses Entwurfs etwa weitere 250 Unternehmungen ihre Jahresabschlüsse zu veröffentlichen.

Zur Abgrenzung der Publizitätspflicht weist man im Zusammenhang mit der seit langem geplanten GmbH-Reform auf eine Kombination zwischen Arbeitnehmerzahl, Jahresbilanzsumme und Umsatzhöhe hin [2]. Auch eine solche Reform würde sich voraussichtlich auf Gesellschaften mbH [3] beschränken, die über der im neugefaßten § 132 AktG festgelegten Größenordnung liegen. Die als Komplementär einer GmbH & Co KG eingesetzte GmbH wird dabei in der Regel die publizitätspflichtige Größe nicht erreichen. Ihrer Funktion nach ist eine solche GmbH in erster Linie Verwaltungsgesellschaft und wird daher einen nur verhältnismäßig kleinen Geschäftsbetrieb erfordern.

---

1) SPD-Entwurf, Deutscher Bundestag, 4. Wahlperiode, 17. Sitzung v. 23.2.1962, S. 502, zitiert bei v. Caemmerer, E., in: Das Frankfurter Publizitätsgespräch, Frankfurt, 1962, S. 177; Aus dem Zusammenwirken von jeweils zwei Kriterien soll sich allerdings erst Publizitätspflicht ergeben.

2) Siehe dazu Winter, H. a.a.O., S. 194 ff.; Ebenfalls die Notiz über den Stand der GmbH-Reform in GmbH-Rdsch 1961, S. 164; Hasenack, W., Gesellschaft mit beschränkter Haftung - (II) Wirtschaftliche Problematik, HdSW, 48. Lieferung 1964, S. 447 empfiehlt zur Kombination zwischen Arbeitnehmerzahl, Umsatzgröße und Bilanzsumme ein "integratives Verfahren". Dabei könnten im Gegensatz zu den anderen Vorschlägen "die Eigenarten der Branche, z.B. die Faktorenintensität (Arbeit-, Kapital-, Anlagenintensität) in ihrer organischen Verbindung berücksichtigt" werden.

3) Bei der Frage, ob sich die Publizitätspflicht nur auf große Gesellschaften mbH oder auf alle Großunternehmungen ohne Unterschied ihrer Rechtsform erstrecken sollte, befürwortet Hasenack, W. a.a.O., S. 447 das letztere.

b. Umwandlungen zur Vermeidung der Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften

Die Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat von Kapitalgesellschaften gehört ebenfalls zu dem Fragenkreis der Unternehmenspublizität. Den Arbeitnehmervertretern muß nämlich im Wege der gesetzlich geregelten Aufnahme in den Aufsichtsrat Einblick in Zusammenhänge des Betriebsgeschehens gewährt werden.

Nach Betriebsverfassungsrecht muß der Aufsichtsrat einer AG zu einem Drittel aus Vertretern der Arbeitnehmer des betreffenden Betriebs bestehen [1]. Dies gilt jedoch nicht für Familienaktiengesellschaften, die weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigen [2]. Dabei gelten als Familiengesellschaften solche Aktiengesellschaften, deren Aktionär eine einzelne natürliche Person ist oder deren Aktionäre untereinander im Sinne des § 10 Ziff.2 - 5 StAnpG verwandt oder verschwägert sind [1]. Ebenfalls hat eine Gesellschaft mbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern einen Aufsichtsrat zu bilden, der sich zu einem Drittel aus Arbeitnehmern ihres Betriebes zusammensetzen muß [3].

Einen weitaus bedeutenderen Einfluß bei der Beteiligung im Aufsichtsrat gewährt das Mitbestimmungsgesetz den Arbeitnehmern [4]. Dieses Gesetz gilt allerdings nur für bestimmte Unternehmenszweige der Montanindustrie, die in der Rechtsform einer AG, einer GmbH oder einer bergrecht-

---

1) gem.§ 76 Abs.1 BVG,Betriebsverfassungsgesetz v.11.10.1952

2) gem.§ 76 Abs.6 BVG

3) gem.§ 77 Abs.1 BVG

4) Gesetz über die Mitbestimmung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten und Vorständen des Bergbaus und der Eisen und Stahl erzeugenden Industrie vom 21.5.1951 (Mitbestimmungsgesetz)

lichen Gewerkschaft betrieben werden und mehr als 1000 Arbeitnehmer beschäftigen [1]. Solche Unternehmen haben einen Aufsichtsrat zu bilden, der zwingend aus 11 Mitgliedern bestehen muß. Dabei stellen Arbeitgeberseite sowie Arbeitnehmerseite jeweils 5 Mitglieder. Der sogenannte 11.Mann als "weiteres Mitglied" [2] darf keiner der beiden Gruppen mittelbar oder unmittelbar angehören."Die Ergänzung des paritätisch besetzten Aufsichtsrates durch den neutralen 11.Mann soll gewährleisten, daß das Aufsichtsorgan nicht durch Blockbildung der beiden Vertretergruppen betriebsunfähig wird. Bei Meinungsverschiedenheiten bildet das 11.Mitglied das 'Zünglein an der Waage'" [2].

Infolge der Größenordnung der unter das Mitbestimmungsrecht fallenden Unternehmen der Montanindustrie (Kohlegewinnung, Eisen- und Stahlerzeugung sind im Klein- und Mittelbetrieb kaum denkbar; die untere gesetzliche Grenze beginnt ohnehin erst bei 1000 Arbeitnehmern) scheiden solche Gesellschaften aus dem Bereich dieser Untersuchung aus. Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften bleibt hauptsächlich auf den Bereich kleiner und mittelgroßer Unternehmungen beschränkt.

An Hand der Kurzdarstellung des bedeutenden Einflusses der paritätisch in den Aufsichtsräten der großen Kapitalgesellschaften der Montanindustrie vertretenen Arbeitnehmerabordnungen wird ersichtlich, daß die nach Betriebsverfassungsgesetz geforderte Drittelbeteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten anderer Kapitalgesellschaften nur den Charakter einer "Mitwirkung" haben kann [3].

Viele Unternehmer mißbilligten das Eindringen der Arbeitnehmer in die Verwaltungsspitzen der Kapitalgesellschaften.Die Bestimmungen des Betriebsver-

---

1) vgl.zur rechtlichen und wirtschaftlichen Problematik der in Unternehmen der Montanindustrie mitbestimmenden Arbeitnehmer die Untersuchungen von Lenk, E.: Die qualifizierte Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihre wirtschaftliche Problematik, Bund-Verlag GmbH,Köln 1961

2) Lenk, E., a.a.O., S.19

3) So Lenk, E., a.a.O., S.23: "Auch die Drittelbeteiligung der Arbeitnehmervertreter in den Aufsichtsräten der Kapitalgesellschaften und Genossenschaften (§§ 76, 77 BWG) läßt nur eine Mitwirkung zu, da die Arbeitnehmervertreter von den Vertretern der Anteilseigner jederzeit überstimmt werden können".

fassungsgesetzes legen das Ergebnis eines harten Ringens auf Bundesebene fest, das 1951 zwischen Arbeitgebern und Arbeitnehmern um den Einfluß der Belegschaften in den Aufsichtsräten der Unternehmen ausgetragen wurde [1]. Dabei wollten die Gewerkschaften sogar sämtliche Großbetriebe, selbst wenn sie als Personengesellschaften betrieben wurden, zur Bildung von paritätisch mit Arbeitnehmervertretern und Eigentümervertretern besetzten Aufsichtsräten verpflichten [2]. Die Regierungsparteien haben schließlich jedoch den Einfluß der Arbeitnehmer auf eine Drittelbeteiligung in den Aufsichtsräten von Kapitalgesellschaften beschränkt, "für die nach geltendem Gesellschaftsrecht ein Aufsichtsrat zu bilden ist oder gebildet werden kann" [2].

Die Rechte und Pflichten der Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat bestimmen sich im wesentlichen nach Aktien- oder GmbH-Recht [3]. Danach werden alle Aufsichtsratsmitglieder gleichbehandelt. Anders als die von den Aktionären bestellten Aufsichtsratsmitglieder, die in der Regel typische Eigentümerbelange vertreten, überwachen die Arbeitnehmervertreter die Geschäftsführung im Interesse der Belegschaft. Deshalb zeigen sie beispielsweise gegenüber Gewinnausschüttungen, die der Belegschaft nicht zugute kommen, leicht eine kritische Haltung. Bei allen Beschlüssen muß ein Aufsichtsratsmitglied aber den übergeordneten Gesichtspunkt des Wohles und der gesicherten Lebensfähigkeit der Gesellschaft

---

1) Monjau,H., Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1952, S.78

2) Monjau, H., a.a.O., S.78

3) vgl.die §§ 84, 95 AktG, 52 GmbHG;Schmedes,R.G.: Die Rechtsstellung der nach dem Betriebsverfassungsgesetz in die Aufsichtsräte der Aktiengesellschaften entsandten Arbeitnehmer, Dissertation, Göttingen 1956,S.75,weist darauf hin,daß "zwischen der Aktiengesellschaft und dem Arbeitnehmervertreter ein allgemeines Treueverhältnis auf Grund des Aufsichtsratsvertrages" besteht.

über Gruppenbelange stellen [1]. In diesem Punkt sollen Arbeitnehmervertreter und Eigentümervertreter in den Aufsichtsräten trotz aller sonst divergierenden Interessen letztlich eine einheitliche Auffassung vertreten. An einer wirtschaftlich gesicherten Zukunft der Gesellschaft muß nämlich Eigentümern und Arbeitnehmern gleichermaßen gelegen sein [2].

Anteilseigner von Familienkapitalgesellschaften empfinden oftmals den Einfluß der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat als unangenehme Einmischung in ihre Privatsphäre. Man hat hier die Rechtsform der GmbH gewählt, um ein personalistisch aufgebautes Unternehmen mit dem Vorzug der Haftungsbeschränkung für die einzelnen Gesellschafter auszustatten. Dabei soll die körperschaftliche Struktur im streng juristischen Sinn nicht immer eine allzu scharfe Trennlinie von dem privaten Lebensbereich der geschäftsführenden Anteilseigner bilden [3]. Auch darauf nimmt das Betriebsverfassungsrecht eigentlich Rücksicht, wenn es Familienaktiengesellschaften und Gesellschaften

---

1) So auch Schmedes, R.G., a.a.O., S.75 in Bezug auf die Pflichten der Arbeitnehmervertreter: Das Arbeitnehmermitglied im beteiligungspflichtigen Aufsichtsrat hat "seine Tätigkeit ausschließlich im Interesse des Unternehmens, unabhängig von persönlichen und eigensüchtigen Belangen auszuüben". (dort angeführte Rechtsprechung: RGZ 82/308 (313); 146/71 (76); 385 (395);)

2) Nach Lenk, E., a.a.O., S.52 ist die gelegentlich vertretene Auffassung, daß die Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat ihre Dienste nicht ebenso zum Wohl des Unternehmens ausüben wie die Vertreter der Anteilseigner, durchaus unbegründet. "Solange es dem Unternehmen gut geht, ist ihr Arbeitsplatz und ihr Einkommen in der Regel gesichert; warum sollten sie ihre Existenzgrundlage bewußt schädigen, warum den Ast absägen, auf dem sie sitzen?"

3) Vom Steuerrecht her werden dieser Entwicklung allerdings durch die zunehmend hohe Belastung verdeckter Gewinnausschüttungen schärfere Grenzen gesetzt. Vgl.hier die oS. 56 - 61

mbH, die jeweils weniger als 5oo Belegschaftsmitglieder beschäftigen, von der Pflicht zur Bildung eines Aufsichtsrates unter Teilnahme der Arbeitnehmer befreit.

Wirtschaftlich läßt sich die Abneigung vieler Unternehmer gegen den Einfluß der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten kaum begründen. Die Tätigkeit als Aufsichtsratsmitglied soll den Arbeitnehmervertreter nämlich zur Mitverantwortung am Betriebsgeschehen heranziehen. Mitbeteiligung an der betrieblichen Willensbildung - und sei sie auch lockerer Art - bedeutet zugleich Mitverantwortlichkeit:

Die Forderung nach Mitverantwortlichkeit "mitbestimmender" Arbeitnehmer muß nicht unbedingt eine inhaltlich leere Phrase darstellen. Lenk [1] beweist am Beispiel der Paul Spindler KG, daß "mitbestimmende" Arbeitnehmer bereit waren, die aus einer gesteigerten Mitverantwortung für sie unter Umständen nachteiligen Konsequenzen zu tragen. Bei diesem Unternehmen waren der Arbeitnehmerschaft neben der auf freiwilliger Basis gewährten Beteiligung am Gewinn und Vermögen auch Informations- und Mitbestimmungsrechte eingeräumt worden. Als dann im Jahre 1957 unrentable Betriebsabteilungen stillgelegt werden mußten, stimmte sogar ein wesentlicher Teil der von der Entlassung bedrohten Belegschaftsmitglieder dieser Maßnahme zu.

Hier kann eine wesentliche Aufgabe der übrigen Aufsichtsratsmitglieder auch darin bestehen, den Arbeitnehmerkollegen in dem vielleicht bei ihm noch nicht ausgeprägten Bewußtsein der Mitverantwortlichkeit zu bestärken. Gelingt dies, dann kann sich die Tätigkeit des Arbeitnehmervertreters günstig auf das zuweilen gespannte Verhältnis zwischen Unternehmensleistung und Belegschaft

---

1) Lenk, E., a.a.O., S.52 f.

auswirken. Ein solcher Arbeitnehmervertreter müßte seine Berufskollegen davon überzeugen, daß sie bei einer Erweiterung ihrer Rechte zugleich auch in einem größeren Umfang für die Entwicklung des Betriebsgeschehens mitverantwortlich sind. Eigenes Erleben "unternehmerischer Gestaltungsfähigkeit und Schaffenskraft" kann viele Arbeitnehmer zu sorgfältiger Arbeitsleistung anhalten [1]. Dabei müssen sie erkennen, daß gewissenhafter Arbeitseinsatz wiederum in ihrem Interesse eine wesentliche Grundlage für die gesunde Aufwärtsentwicklung ihrer Unternehmung bildet.

In Betrieben, die außergewöhnlich hohe Gewinne erzielen, sind die leitenden Unternehmer meist besonders ängstlich darum besorgt, daß solche günstigen Ergebnisse nicht an die Öffentlichkeit gelangen. Am allerwenigsten soll davon die Belegschaft erfahren. Man fürchtet bei Bekanntgabe der hohen Gewinne einerseits aufkommende Konkurrenz, sowie eine steigende Unzufriedenheit der nicht an der Geschäftsführung beteiligten Gesellschafter, die sogleich eine höhere Gewinnausschüttung fordern könnten. Andererseits rechnet man mit gesteigerten Lohnforderungen der Belegschaft, die einen Teil der Ertragsteigerung ihrer Mitwirkung zuschreibt und daher für sich verlangt.

In einer freien Marktwirtschaft bedeuten nun aber hohe Gewinne oftmals eine Auszeichnung für einen wohldurchdachten und ohne Engpaß ablaufenden Produktionsprozeß. Hier werden auf der

---

1) vgl.diese Auffassung bei v.Nell-Breuning,O.: Kapitalismus und gerechter Lohn, Freiburg 1960, S. 61

Grundlage wertvoller Erfindungen meist dringend nachgefragte Güter erzeugt. Solche Betriebe sind regelmäßig gut durchorganisiert und verfügen vielfach schon über einen weitgehend automatisch arbeitenden Produktionsapparat. Die niedrigen Stückkosten solcher -rzeuger sind deshalb keineswegs auf "Lohndrückerei"[1] zurückzuführen. Hier werden sogar im Vergleich zu anderen Wirtschaftsbetrieben vielfach sehr hohe Löhne gezahlt. Der Anteil der Lohn- und Gehaltskosten nimmt dabei im Rahmen der Gesamtkostenstruktur des Betriebes einen auffallend niedrigen Prozentsatz ein. Soweit es aber in solchen Unternehmungen noch auf menschlichen Arbeitseinsatz ankommt, soll gerade die hohe Entlohnung dieser Arbeitskraft die Gewähr für eine gewissenhafte und damit zuverlässige Arbeitsverrichtung bieten.

Diese für den einzelnen Arbeitnehmer solcher Betriebe eigentlich günstige Situation wird aber unter der Blendwirkung hoher Unternehmensgewinne von den Gewerkschaftsvertretern wie auch von einzelnen Belegschaftsmitgliedern leicht falsch gedeutet. Daher liegt es im Interesse der Unternehmer, diese Zusammenhänge den Arbeitnehmervertretern im Aufsichtsrat klarzumachen und auch auf sie einzuwirken, ihre Berufskollegen davon zu unterrichten, daß die gute Ertragslage nicht, wie vielleicht bei anderen Betrieben, die Folge einer "Lohndrückerei" der Unternehmensleitung ist, sondern daß man hier bereits die Spitze der branchenüblichen Lohnzahlung erreicht hat. Allerdings werden gerade von Gewerkschaftsseite her eingesetzte Arbeitnehmeraufsichtsratsmitglieder solche Informationen nicht ohne weiteres an die Belegschaft weitergeben wollen. Aber in seiner Funktion als Aufsichtsratsmitglied hat auch ein Gewerkschaftsvertreter die Pflicht, in erster Linie an das wirtschaftliche Wohl der betreffenden Unternehmung zu denken und sein Verhalten danach einzurichten. Die Kenntnis von einer nachhaltig günstigen Ertragslage der Unternehmung, sowie dem Stand

---

1) v.Nell-Breuning, O., a.a.O., S.64 : "Druck auf die Kosten braucht nicht in Lohndrückerei zu bestehen." Lohndrückerei sei der "denkbar unzweckmäßigste Weg", um Kosten einzusparen.

einer hohen Entlohnung wird viele Arbeitnehmer in der positiven Einstellung zu ihrem Betrieb bestärken und kann sich insofern wirtschaftlich günstig für eine solche Unternehmung auswirken. Auch sie werden dann, vielleicht bewußter als bisher, dazu beitragen wollen, diese mit dem Vorzug hoher Lohnzahlung ausgestattete Verdienstmöglichkeit zu erhalten [1].

Die Vermachtung in der Wirtschaft in Gestalt von Arbeitgeberverbänden auf der einen Seite und Gewerkschaften auf der anderen Seite läßt regelrecht freie Lohnvereinbarungen zwischen einzelnen Unternehmern und ihrer Belegschaft nur noch selten zu. Dabei bildet der Tariflohn heute oft nur die untere Grenze der Entlohnung. Bei der gegenwärtigen Beschäftigungslage in der Industrie wollen zahlreiche Unternehmer mit Lohnangeboten, die erheblich über den Tariflöhnen liegen, Arbeitskräfte ihrer Konkurrenz abwerben. Hier kann den einzelnen Arbeitnehmer besonders seine positive Einstellung zu seiner Arbeit, seinem Arbeitsplatz, seinen Kollegen und vor allem zur Betriebsleitung von einer kurzfristigen Abwanderung auf geringfügig höhere Lohnangebote hin abhalten. Das Gefühl, wenigstens mittelbar an der betrieblichen Willensbildung beteiligt zu sein, kann dem einzelnen Arbeitnehmer ebenfalls von dem von ihm gewählten Aufsichtsratsmitglied vermittelt werden.

Der Mangel an kaufmännischer Sachkenntnis einzelner Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wird gelegentlich als Nachteil dieser Institution angesehen [2]. Dieser Einwand trifft heute aber nur noch selten zu. Die einzelnen Gewerkschaftsverbände bemühen sich darum, geeignete Arbeitnehmer in besonderen Fachkursen für

---

1) So auch Lenk, E., a.a.O., S.52

2) vgl. die kritischen Äußerungen von Schmedes, R.G., a.a.O., S.96, zur fachlichen Befähigung der Arbeitnehmer-Aufsichtsratsmitglieder

diese Aufgabe zu schulen [1]. Heute befinden sich unter jeder Belegschaft einer auch nur mittelgroßen Kapitalgesellschaft schon einige in dieser Fachrichtung ausgebildete Personen, die die Kontrollfunktion eines Aufsichtsratsmitgliedes sehr gut ausüben können. Würde nun der betreffende Arbeitnehmervertreter im Aufsichtsrat wirklich einmal aus sachlicher Unkenntnis auf der Durchführung von Vorschlägen beharren, die sich gegen den gemeinsamen Betriebszweck richten, so könnte die verbleibende Mehrheit ein derartig sachlich unmotiviertes Begehren überstimmen und damit zum Scheitern bringen [2].

Wirtschaftlich also droht den Unternehmern durch die Beteiligung der Arbeitnehmer in den Aufsichts-

---

1) vgl. Lenk, E., a.a.O., S.55 über die Bemühungen der Gewerkschaftsverbände, begabten Arbeitnehmern in Lehrgängen an Arbeits- und Sozialakademien in Frankfurt, Dortmund und Hamburg die notwendigen betriebswirtschaftlichen Grundkenntnisse zu vermitteln.

2) Das kann aber höchstens für die nach dem Betriebsverfassungsgesetz zu bildenden Arbeitnehmervertretungen in den Aufsichtsräten gelten. Nach dem Mitbestimmungsgesetz würde bei Kampfabstimmungen letztlich der "neutrale 11. Mann" den Ausschlag geben. Nach den Untersuchungen von Wagner, H.R.H., Erfahrungen mit dem Betriebsverfassungsgesetz, Bund-Verlag GmbH, Köln 1960, S.126 sind allerdings Kampfabstimmungen in Aufsichtsrats-Gremien nicht üblich. Um Mehrheitsbeschlüsse, die gegen die Stimmen der Arbeitnehmervertreter gefaßt werden könnten, überhaupt zu vermeiden, "würde solange diskutiert, bis aus sachlichen Erwägungen eine einheitliche Willensbildung zustande käme".

räten von Kapitalgesellschaften allgemein keine Gefahr [1]. Die Aufsichtsratsmandate der Arbeitnehmer können leitenden Unternehmern vielmehr geeignete Ansatzpunkte bieten, um das Mitverantwortungsbewußtsein der Belegschaftsmitglieder anzusprechen und so bei ihnen wirtschaftliches Verständnis für betriebspolitische Belange zu wecken. Die Macht der nur zu einem Drittel im Aufsichtsrat vertretenen Arbeitnehmer bleibt letztlich aber so geringfügig, daß sie ihre Interessen kaum gegen eine geschlossene Front der übrigen Aufsichtsratsmitglieder durchsetzen könnten [2].

Trotzdem spielen bei den Motiven für Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften gelegentlich betriebsverfassungsrechtliche Fragen mit. Hier folgt der Unternehmer meist seiner subjektiven Einstellung gegen jeden nur möglichen Einblick seiner Belegschaftsmitglieder in Angelegenheiten der Geschäftsleitung. Selten jedoch ist diese skeptische, wirtschaftlich unmotivierte Haltung leitender Gesellschafter gegen den Einfluß der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat selbständiges Umwandlungsmotiv.

---

1) Das gilt insbesondere für den nach Betriebsverfassungsrecht zu bildenden Aufsichtsrat einer GmbH mit mehr als 500 Arbeitnehmern. Nach Galperin-Siebert, Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3.Aufl., Heidelberg 1958, S.608, hat ein solcher Aufsichtsrat (im Gegensatz zu den Befugnissen des Aufsichtsrates einer AG) nicht das Recht, "die Geschäftsführer der Gesellschaft zu bestellen oder abzuberufen, soweit die Satzung nichts anderes darüber bestimmt".

2) Nach den Untersuchungen Wagners, H.R.H., a.a.O., S.214 wächst der Einfluß der Arbeitnehmer in den Aufsichtsräten erst mit zunehmender Größe der Gesellschaft sowie mit dem Streuungsgrad der Anteile. Demnach sei die Arbeitnehmervertretung in dem nur dreiköpfigen Aufsichtsrat einer mehr oder weniger kleinen Gesellschaft "durch vollkommene Bedeutungslosigkeit" gekennzeichnet.

Mit der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine GmbH & Co.KG läßt sich gewöhnlich die Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat ausschließen. Das Betriebsverfassungsrecht sieht allein bei juristischen Personen die Beteiligung von Arbeitnehmern im Aufsichtsrat vor. Diese Bestimmungen gelten danach nicht für Personengesellschaften. Die KG, deren Komplementär eine GmbH ist, wird allgemein als Personengesellschaft anerkannt [1]. Im Rahmen dieser Personengesellschaft ist die GmbH eine rechtlich selbständige Kapitalgesellschaft, die erst dann einen Aufsichtsrat unter Beteiligung der Arbeitnehmer zu bilden hat, wenn sie mehr als 500 Belegschaftsmitglieder beschäftigt. Da die GmbH als Komplementär der KG jedoch in erster Linie Verwaltungsgesellschaft ist, werden auf sie selten mehr als 500 Belegschaftsmitglieder entfallen.

Für einzelne Fälle will Knur die rechtliche Selbständigkeit der KG als Personengesellschaft auf der einen Seite und der GmbH als Kapital-und zugleich Verwaltungsgesellschaft dieser KG auf der anderen Seite nicht anerkennen [2]. Danach wäre die GmbH & Co.KG, soweit es um die Bildung und Zusammensetzung des Aufsichtsrates geht, wie eine Kapitalgesellschaft im Sinne des Betriebsverfassungsgesetzes zu behandeln [3]. Eine GmbH & Co.KG, die mehr als 500 Arbeitnehmer

---

1) Die Entwicklung der Rechtsprechung, die zur Anerkennung der GmbH & Co KG in Zivilrecht und Steuerrecht führte, geht aus folgenden Urteilen hervor: Zivilrechtlich RGZ 105, 101; steuerrechtlich BStBl 1929, S.169/178; RStBl 1929, S.329; RStBl III 1951, S.181; Gesamtdarstellung zur Entwicklung der Rechtsprechung bei Hesselmann, M., a.a.O., SS.3 ff. und 12 ff.

2) Knur, A.: Unternehmensform und Betriebsverfassungsgesetz, DNotZ 1953, S.18, auch zitiert bei Hesselmann, M., a.a.O., S.111

3) Der Parallel-Fall und damit die zugleich einzige Ausnahme von der rechtlichen Anerkennung der GmbH & Co KG als Personengesellschaft findet sich im Kapitalverkehrsteuerrecht , wo die GmbH & Co KG kraft gesetzlicher Fiktion, wie eine Kapitalgesellschaft behandelt wird. Danach gelten gem.§ 6 Abs.1 Ziff.4 KVStG als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften "Anteile der Kommanditisten an einer Kommanditgesellschaft, wenn zu den persönlich haftenden Gesellschaftern der Kommanditgesellschaft eine Kapitalgesellschaft gehört."

beschäftigt, müßte dieser Auffassung zufolge einen Aufsichtsrat unter Beteiligung der Arbeitnehmer bilden.

Knur[1] lehnt zwar die uneingeschränkte Anwendung des Betriebsverfassungsrechts[2] auf die GmbH & Co KG ab, da der eindeutige Wortlaut des Gesetzes, die Möglichkeit der erweiterten Auslegung verbaut habe. Demgegenüber will er aber jede einzelne Gründung einer GmbH & Co KG unter dem Gesichtspunkt einer Umgehung der Beteiligung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat prüfen. Wenn man durch ein an sich zulässiges Verhalten schließlich auf ungewöhnliche, nicht durch die Sachlage angezeigte Weise an einer Gesetzesbestimmung vorbeikomme, so sei darin eine Gesetzesumgehung zu erblicken. Die Folge davon sei die Nichtanerkennung des Umgehungsgeschäftes, die jedoch auf den Raum des umgangenen Gesetzes beschränkt bleibe.

Erstmals hat ein solcher Umgehungstatbestand einen sehr allgemein gehaltenen gesetzlichen Niederschlag in § 6 StAnpG gefunden. Diesen Mißbrauchstatbestand glaubt Knur auch auf das Arbeitsrecht übertragen zu können. Steuerlich wird ein Mißbrauch von Formen und Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts zur Umgehung oder Minderung der Steuerpflicht angenommen, wenn der beschrittene Weg im Hinblick auf die vorhandenen Verhältnisse und den wirtschaftlichen Erfolg ungewöhnlich ist[3]. Dabei muß dieser Weg in der Absicht beschritten worden sein, an den Wirkungen des Steuergesetzes vor-

---

1) siehe Anmerkung 2 S.96
2) Anwendung der §§ 77, 76 BVG
3) So Thoma, G., Zur Auslegung und Anwendung des § 6 StAnpG, Stbjb.1950,S.61

beizukommen [1]. Diese Auslegungsgrundsätze sollen nach Knur vor allem deshalb auf das Arbeitsrecht anwendbar sein, weil hier eine ähnliche Situation und Interessenlage herrsche. Dementsprechend hält er die GmbH & Co KG im Hinblick auf das wirtschaftliche Ergebnis für ein ungewöhnliches Rechtsinstitut. Für ihn beginnt die Gesetzesumgehung sogar schon mit dem lediglich bewußten Inkaufnehmen, sich so die Mitwirkung der Arbeitnehmer im Aufsichtsrat zu ersparen. Zuletzt soll nach Knur dem Unternehmer noch der Beweis obliegen, daß im Falle der ihn betreffenden Umwandlung der oben geschilderte Mißbrauchstatbestand nicht erfüllt sei. Gelinge ihm dieser Nachweis nicht, so müsse man die GmbH & Co KG als Kapitalgesellschaft im Sinne des Betriebsverfassungsrechtes behandeln.

Die Auffassung Knurs findet in der Literatur allgemein keine Zustimmung [2]. Von Hesselmann wird sie scharf abgelehnt. Eine Sonderbegriffsbildung des Steuerrechts, die sich dort aus der einzigartigen Situation dieses Rechtsgebietes als unentbehrlich erwiesen habe, könne nicht auf das Arbeitsrecht übertragen werden. Schon in der Anwendung des Mißbrauchstatbestandes gehe Knur fehl, da die GmbH & Co.KG steuerrechtlich als Personengesellschaft anerkannt sei. Allgemein könne es auch nicht als ein Mißbrauch von Gestaltungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts angesehen werden, wenn ein Steuerpflichtiger zur

---

1) so Thoma, G.: Zur Auslegung und Anwendung des § 6 StAnpG, Stbjb.1950, S.61

2) Hesselmann, M., a.a.O., S.139;
Köhler, D.: Die GmbH & Co, Stbjb 1954/55, S.265

Ersparung von Steuern die für ihn günstigste Rechtsform wählt [1]. Ebenfalls könne Knur den Entlastungsbeweis in Analogie zu § 6 StAnpG nicht dem Unternehmer aufbürden, da ein solcher Nachweis im Steuerrecht den Finanzbehörden obliege. Falls die Umwandlungsabsicht, die Arbeitnehmer von der Mitwirkung im Aufsichtsrat auszuschliessen, zur Annahme einer rechtswidrigen Gesetzesumgehung ausreichen würde, hält Hesselmann es dennoch für ein unmögliches Unterfangen, einem Unternehmer nachzuweisen, daß er die Gründung der GmbH & Co KG allein zur Umgehung des Betriebsverfassungsrechtes vorgenommen habe.

Allgemein läßt sich hiernach feststellen, daß die GmbH & Co KG ähnlich wie allgemein im Steuerrecht, wo sie lediglich bei der Gesellschaftsteuer wie eine Kapitalgesellschaft behandelt wird [2], im Betriebsverfassungsrecht ausnahmslos als Personengesellschaft anzusehen ist. Das Betriebsverfassungsrecht ist bereits eine Ausnahmevorschrift gegenüber dem Aktiengesetz und GmbH-Gesetz [3]. So ist selbst bei größeren Gesellschaften mbH & Co KG, die freiwillig einen Aufsichtsrat bilden, eine Beteiligung der Arbeitnehmer nach dem Gesetz solange nicht erforderlich, wie die Verwaltungs-GmbH weniger als 500 Arbeitnehmer beschäftigt.

---

1) so ausdrücklich das BFH-Urteil v.22.8.1951, BStBl III 1951, S.181, zitiert bei Hesselmann,M., a.a.O., S.113; vgl.auch hier S.47 Anm.2

2) vgl.den auf S.96 Anm.3 dargestellten Ausnahmefall der gesellschaftsteuerlichen Behandlung der GmbH & Co KG.

3) Hesselmann, M., a.a.O., S.137

## E. Die Gestaltung der aus der Umwandlung hervorgegangenen Personengesellschaft

### I. Vorbemerkung

Einige Wesensmerkmale der Kapitalgesellschaften werden von den Unternehmern allgemein als Vorzug empfunden. Dazu gehören vor allem die Haftungsbeschränkung und insbesondere bei Aktiengesellschaften die Möglichkeit der Mobilisierung des Gesellschaftskapitals[1]. Die schematische Übertragung dieser körperschaftlichen Organisationselemente auf den Verband einer Gesamthandgemeinschaft kann Schwierigkeiten rechtsformeller Art bereiten[2]. Es bestehen allerdings Möglichkeiten, die oben genannten Vorzüge einer Kapitalgesellschaft in ihrem wirtschaftlich positiven Gehalt im Wege der Kombination verschiedener Rechtsformen und der dispositiven Ausgestaltung der Gesellschaftsverträge mit der Personengesellschaft zu verbinden. Dabei erscheint es aber fraglich, ob nicht

---

1) Auch die Eigenschaft der Stabilität und der Stetigkeit einer juristischen Person zählen zu diesen Vorzügen. Der Fortbestand der körperschaftlichen Organisation in Gestalt eines verselbständigten Sondervermögens ist rechtlich nicht von der Lebensdauer einer natürlichen Person abhängig, Infolgedessen bleibt eine Kapitalgesellschaft von den wirtschaftlich oft negativen Auswirkungen endloser Vermögensauseinandersetzungen bei Erbstreitigkeiten meist verschont.

2) So sehen beispielsweise die gesetzlichen Normbestimmungen für die OHG und die KG das Element der unbeschränkten persönlichen Haftung zwingend vor. Deshalb kann einem Personengesellschafter eine lebenslängliche Bindung an die Gesellschaft nicht zugemutet werden. Demzufolge verbietet das Gesetz einen Ausschluß des ordentlichen Kündigungsrechts.

Nach Boesebeck,E.: Die kapitalistische KG, S.35, ist ein Kommanditvertrag, der "ein getreues Konterfei der Satzung der aufgelösten Kapitalgesellschaft wäre,..... durch den Übergang zur Personengesellschaft seinem Geiste und seinem Inhalte nach etwas anderes geworden"....

etwa Eigentümlichkeiten der Kapitalgesellschaft, die der Unternehmer als drückende Nachteile empfindet und die ihn gerade zur Vornahme der Umwandlung veranlassen, auf die Personengesellschaft übergehen müssen. Wären Vorteile und Nachteile der Kapitalgesellschaft untrennbar miteinander verbunden, so könnte ein Ausweichen auf eine andere Rechtsform schließlich keinesfalls mehr als sinnvoll bezeichnet werden. Im Ergebnis würde eine Personengesellschaft entstehen, die rechtlich und tatsächlich wie eine Kapitalgesellschaft zu behandeln wäre. Ein solches Gebilde müßte man dann mit Recht als "groteske Verrenkung"[1] bezeichnen.

## II. Allgemeine Gesichtspunkte zur Gestaltung der umgewandelten Gesellschaft

### a. Das Gewicht des wirtschaftlich bedeutsamen Prinzips der Vorsicht im Zusammenhang mit der Umwandlung und Ausgestaltung von Gesellschaftsformen

Das Gebot der Vorsicht gilt für alle Maßnahmen, die wirtschaftlich von einigem Gewicht sind und mit denen sich der Unternehmer in seiner Dispositionsfreiheit langfristig festlegt. Insofern findet dieses Prinzip auch bei der Wahl oder Umgestaltung der Gesellschaftsform Beachtung. Vor allem kommt es dabei darauf an, die Grenzen zu erkennen, die allgemein einer sehr weiten Interpretation und Ausdehnung dispositiver Rechtsvorschriften gesetzt sein können.

Die Beibehaltung von Vorteilen der Kapitalgesellschaft unter Ausschaltung ihrer Nachteile kann im Rahmen der

1) v. Gierke, J.: Handelsrecht, 6. Aufl. Berlin 1949, S. 203 bezeichnet die GmbH & Co KG, bei der eine Kapitalgesellschaft persönlich haftender Gesellschafter ist, als "groteske Verrenkung"

Umwandlung in gesellschaftliche Misch- oder Zwischentypen[1], die rechtlich als Personengesellschaften anzusehen sind, gelingen. Für diese Mischtypen gelten keine einheitlichen gesetzlichen Normen. Die juristischen Grundlagen, auf denen eine solche Gesellschaftsform aufbaut, stammen oft aus verschiedenen Gesetzen und sind in ihren grundlegenden Bestimmungen meist dispositiver Natur. Daher finden sich Anhaltspunkte für die rechtlichen Grenzen der vertraglichen Gestaltungsfreiheit solcher Gesellschaftsformen vorwiegend in allgemeinen Grundsätzen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung.

Bei einem allgemeinen Urteil über die Zulässigkeit beispielsweise einer kapitalistischen KG oder einer GmbH & Co KG erscheint es zweckmäßig, sich nach dem das Gesellschaftsrecht beherrschenden Leitgedanken[2] vom Gleichgewicht zwischen Macht und Verantwortlichkeit zu richten. Dieser vom Gesetzgeber stets befolgte Gleichgewichtsgrundsatz ist eigentlich eine Sonderformulierung des für das ganze Handelsrecht geltenden Gläubigerschutzprinzips. Ohne eine gewisse vom Gesetzgeber gebotene Gewähr für ein verantwortungsbewußtes Handeln der Unternehmer wäre nämlich der Mächtige zu leicht in der Lage, die vielfach unzureichend über wirtschaftliche Zusammenhänge informierte und aus diesem Grunde erheblich gefährdete Allgemeinheit zu schädigen. Auch könnte er sich einer Rechtfertigungsverpflichtung ungestraft entziehen. Deshalb ist der Unternehmer in erster Linie seinen Gläubigern für die fristgerechte Erfüllung der ihnen gegenüber eingegangenen Verbindlichkeiten verantwortlich. Das Handelsrecht schützt diese Gläubigerbelange vornehm-

---

1) Beispiele für Misch- oder Zwischentypen sind die kapitalistisch organisierte KG sowie die GmbH und Co KG

2) vgl. die Ausführungen von Lehmann, H., a.a.O., S. 282 über das Gleichgewicht zwischen Macht und Verantwortlichkeit als einem der Leitgedanken des Gesellschaftsrechts.

lich dadurch, "daß es dem selbsttätigen Unternehmer grundsätzlich die unbeschränkte Haftung für sein Tun auferlegt"[1].

Eindeutig kommt der Gläubigerschutz in der gesetzlich fixierten Rechtsstellung des Einzelunternehmers, des Gesellschafters der oHG und des Komplementärs zum Ausdruck. An den Grundsatz einer Mindestgarantie für das in der Unternehmung arbeitende Vermögen des Gläubigers sind jedoch gleichfalls juristische Personen gebunden. Selbsttätiger Unternehmer ist dort nach dem Willen des Gesetzgebers die Körperschaft, die allerdings allein durch ihr Organ, eine natürliche Person, handeln kann. Auch die rechtsfähige Körperschaft haftet den Gläubigern unbeschränkt, also mit ihrem vollen Vermögen. Hier sind darüber hinaus zumindest bei der AG noch durchgreifende Maßnahmen zur Kapitalsicherung vom Gesetzgeber getroffen worden.

Wenn im Zusammenhang mit dem gesellschaftsrechtlichen Gleichgewichtsgrundsatz von der Verantwortlichkeit des selbsttätigen Unternehmers gesprochen wird, liegt darin auch eine enge Beziehung zum Begriff der Haftung[2]. Alle Haftungsfragen erfahren im Handelsrecht eine besonders eingehende Regelung, weil sie für die Rechtssicherheit im Wirtschaftsleben von weitreichender Bedeutung sind. Damit erhalten auch außenstehende Personen eine gewisse Gewähr dafür, daß leitende Gesellschafter ein Mindestmaß an Verantwortlichkeit für ihre Tätigkeit nicht ausschließen können. Gerade in den Punkten der Bemessung der Verantwortlichkeit und des davon abhängenden Haftungsrisikos ist die Dispo-

---

1) Lehmann, H., a.a.O., SS. 46, 282

2) vgl. auch die Auffassung von Klausing, F.: Das kommende Aktienrecht, DJZ 1935, Sp. 1135 f über das Verhältnis zwischen Haftung und Verantwortlichkeit im Gesellschaftsrecht. In einem Richtliniengesetz wollte Klausing konkrete Maßstäbe für die Bemessung der Verantwortlichkeit von Einzelunternehmern, Personengesellschaftern und von Organen körperschaftlich organisierter Gesellschaften aufstellen.

sitionsfreiheit der Vertragsgestalter weitgehend eingeschränkt. Besonders streng gilt dies bei den Personengesellschaften. So kann das für Gesamthandgemeinschaften charakteristische Grundelement der unmittelbaren und unbeschränkten persönlichen Haftung sowie der unbeschränkbaren Vertretungsmacht mindestens eines Gesellschafters durch Gesellschaftsvertrag nicht ausgeschlossen werden.

Feste allgemein gültige Grundsätze, nach denen man den gerade noch zulässigen Grad der Abweichung einzelner Zwischentypen von den Grundtypen ermitteln könnte, lassen sich aber nicht aufstellen. Gegebenenfalls können Urteile, die zu den Gestaltungsgrenzen bei Mischtypen ergangen sind, mit Erfolg auf die Beurteilung von Einzelfällen angewandt werden. Dies erscheint allerdings erst dann möglich, wenn eine derartige Gesellschaftsform bereits zu Beanstandungen von Seiten außenstehender Dritter geführt hat. Nur bei ganz auffälligen Verstößen gegen das Gleichgewichtsprinzip läßt sich vielleicht schon angesichts der vom Normstatut abweichenden Rechtsform eine Feststellung über die Unzulässigkeit einer solchen Gestaltung treffen.

So bezweifelt Lehmann beispielsweise die Anerkennung einer extrem kapitalistisch organisierten KG, wenn sie entschieden und auffällig vom gesetzgeberischen Willen abweicht[1]. Zur Begründung seiner Auffassung verweist er auf die Auslegung des oben dargestellten gesellschaftsrechtlichen Grundgedankens. Man könne auch die nachgiebigsten Vorschriften einer gesetzlichen Einrichtung nicht immer schlechthin ausschalten und umgestalten. Der Zweck der Einrichtung sei vielmehr maßgebend zu berücksichtigen. Abweichende Abmachungen dürften keinesfalls wesentliche Gerechtigkeits- und

---

1) Lehmann, H., a.a.O., S. 282

Ordnungsprinzipien dieser Einrichtung auf Kosten der Verkehrssicherheit in ihr Gegenteil verkehren. Der Mißbrauch sei allerdings noch nicht ohne weiteres in dem Ausbau einer Rechtsform zu sehen, die den gesetzlichen Typ denaturiert. Die Grenze der Zulässigkeit des Mischtyps liege erst in der Berufung auf die Haftungsvorteile der in ihr Gegenteil verkehrten Rechtsform. Nur in wirklich krassen Fällen könne man angesichts der Begleitumstände schon die Wahl der Form als mißbräuchlich kennzeichnen.

Auch diese Auffassung ergibt also kein klares Bild, inwieweit die Abweichung vom gesetzlichen Normstatut zu rechtlichen Beanstandungen führen kann. Nach Lehmann lassen sich keine allgemeingültigen Normen aufstellen, aus denen man einigermaßen klar erkennen könnte, wann ein Verstoß gegen den Gleichgewichtsgrundsatz erfolgt ist, der den betreffenden Zwischentyp als unzulässig erscheinen ließe.

Daher können sich vorsichtig disponierende Unternehmer, die im Laufe der Jahre nach der überhöhten Einkommensteuerprogression die Vorzüge der Kapitalgesellschaft kennengelernt haben, nicht leicht zum Wechsel in eine körperschaftlich organisierte Personengesellschaft entscheiden. Wenn man sich auch bereits über die Organisation der neuen Gesellschaftsform geeinigt hat, ist damit nämlich noch keineswegs eine befriedigende Antwort auf die Frage nach der Zulässigkeit einer solchen Rechtsgestaltung gefunden worden. Dieses Unsicherheitsmoment kann letztlich die Entschlossenheit vieler Gesellschafter zu Umwandlungen entscheidend hemmen.

b. Der Rahmen der bei der Umwandlung angestrebten Rechtsform

Als Personengesellschaft, mit der sich körperschaftliche Organisationselemente gut verbinden lassen, kommt vor allem die KG in Frage. Die GmbH & Co, auf deren Anpassungsfähigkeit ebenfalls im Zusammenhang mit Umwandlungen aus Kapitalgesellschaften häufig hingewiesen wird, ist meist[1] ein Sonderfall der KG. Im Schrifttum wird die GmbH & Co KG gewöhnlich als selbständiger, neben dem Gesetz entstandener Mischtyp behandelt[2]. Die Doppelgesellschaft ist ebenfalls ein solcher Rechtsformen-Mischtyp, hinter dem eine einheitliche Unternehmung steht. Für diese Gesellschaftsform hat sich während der letzten Jahre die Steuerrechtsprechung jedoch ungünstig ausgewirkt, so daß zur Zeit nur noch in besonders gelagerten Einzelfällen[3] Interesse an dieser Rechtsformenkombination bestehen kann. Deshalb soll die Doppelgesellschaft (Betriebsaufspaltung) lediglich in Form einer Exkursbemerkung gestreift werden.

---

1) Eine GmbH & Co liegt auch bei Beteiligung einer GmbH an einer OHG vor.

2) z.B.Hesselmann, M., a.a.O. S.18o

3) Gedacht ist hier an die Tarifvergünstigung für Einkünfte aus der Tätigkeit als freier Erfinder. (VO v.3o.5.1951 BGBl I.S.387 - BStBl I.S.181) Gem.Abschn.149, Abs.1 EStR darf die Erfindertätigkeit nicht im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden (freier Erfinder). Nach Abschn.149,Abs.4 EStR gilt die für die Tarifvergünstigung notwendige Voraussetzung der freien Erfindertätigkeit noch als erfüllt,"wenn ein Erfinder die Auswertung seiner Erfindung einer von ihm gegründeten GmbH gegen angemessene Lizenzgebühren überläßt". Mit dieser Aufgabe wird im Rahmen der Betriebsaufspaltung zumeist die Betriebs-GmbH betraut.Vgl.die Voraussetzungen im einzelnen in Abschn.149 EStR sowie nach der oben erwähnten VO v.3o.5.1951.

## 1. Die körperschaftlich organisierte Kommanditgesellschaft

Bei Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften werden Kommanditgesellschaften häufig körperschaftlich ausgestaltet. Das vorwiegend dispositive Recht der Personengesellschaften erlaubt es, den Kommanditisten im Gesellschaftsvertrag gegenüber dem Komplementär so zu bevorzugen, daß die Rolle des persönlich haftenden Gesellschafters in der Geschäftsführung und selbst in der Vertretung der Gesellschaft bis zur Unwesentlichkeit herabsinkt. Dem Komplementär, einem oft vermögenslosen Fachmann, verbleibt schließlich als letzte Funktion die Übernahme der unbeschränkten Haftung und die Stellung als "organischer Vertreter"[1] der KG. Die Vertretung der Gesellschaft durch wenigstens einen Komplementär ist zwingendes Recht und kann nicht auf den Kommanditisten übertragen werden.

Offensichtlich deckt sich die Konstruktion einer solchen Gesellschaftsform kaum noch mit dem Gleichgewichtsdenken des Gesetzgebers. Bei einer derart organisierten Zwischenform in Gestalt der abgewandelten KG sind letztlich die Kommanditisten die wahren Unternehmensleiter. Sie haben dem Komplementär einerseits alle Machtbefugnisse genommen und schieben ihm andererseits noch die Verantwortung für ihr Handeln zu.

Einige Punkte des Gesellschaftsvertrages einer solchen körperschaftlich organisierten KG können Parallelen zur AG aufweisen. Danach hat die Stellung des Komplementärs Ähnlichkeit mit der des Vorstandes einer von wenigen Aktionären beherrschten AG. Die Weisungen der Kommanditisten binden den persönlich Haftenden

---

1) Lehmann, H., a.a.O. S. 281: "Ein Nichtgesellschafter kann nicht zum organischen Vertreter der KG bestellt werden". Ohne Komplementär ist aber eine KG nicht denkbar. Urteil des RG in JW 1939, S. 424: "Ein Dritter kann nicht zum organschaftlichen Vertreter einer OHG oder einer KG bestellt werden".

im Innenverhältnis. Die Kommanditisten üben ihre Rechte in Gesellschafterversammlungen durch Abstimmung nach Kapitalanteilen aus, ähnlich der Hauptversammlung der Aktionäre. Die Unabhängigkeit der Gesellschaft vom Ausscheiden persönlich haftender Gesellschafter läßt sich noch steigern, wenn mehrere Komplementäre als "organische" Vertreter der Gesellschaft fungieren. Damit schafft man die Möglichkeit, sich von einem ungeeigneten geschäftsführenden Komplementär durch Mehrheitsbeschluß der Gesellschafterversammlung jederzeit trennen zu können. Der Fortbestand der KG, der von dem Vorhandensein mindestens eines persönlich haftenden Gesellschafters abhängt, könnte dadurch kaum gefährdet werden.

Zuweilen wird in Gesellschaftsverträgen auch versucht, die Kommanditbeteiligungen ähnlich den Aktien fungibel zu gestalten. Eine Übertragung der Kommanditanteile darf dabei den Bestand der Gesellschaft nicht berühren. In welchem Umfang allerdings die Fungibilität der Kommanditbeteiligungen mit den Rechtsgrundsätzen der Gesamthandgemeinschaften vereinbar ist, soll in einem der folgenden Kapitel untersucht werden.

## 2. Die Gesellschaft mbH & Co KG

In der GmbH & Co KG treffen ähnlich wie bei der KGaA körperschaftliche Organisationselemente mit solchen der Personengesellschaften zusammen. Die Verbindung erfolgt meistens in der Weise, daß eine GmbH die Funktion des Komplementärs einer KG ausübt. Die rechtliche Selbständigkeit von KG und GmbH bleibt jedoch gewahrt, obwohl es sich hier um eine einheitliche Gesellschaftsform handelt. Der Grad der wirtschaftlichen und organisatorischen Abhängigkeit der beiden Rechtsformen voneinander richtet sich nach den in den Gesellschaftsverträgen getroffenen Vereinbarungen.

Auch bei dieser Gesellschaftsform erfährt das Gleichgewicht zwischen Macht und Verantwortlichkeit gewöhnlich eine erhebliche Verschiebung. Die Macht in der Gesellschaft liegt hier zum überwiegenden Teil bei den Anteilseignern der GmbH. Wenn die GmbH-Gesellschafter zugleich auch Kommanditisten der KG sind, decken sich die Beteiligungsverhältnisse meist in beiden Gesellschaften und der Wille der Kommanditisten ist folglich mit dem der GmbH-Anteilseigner identisch. Der Gesellschaftsvertrag der KG kann dem Komplementär weitgehende Befugnisse einräumen, so daß der Mehrheitsgesellschafter der GmbH effektiv auch die KG beherrscht. Es ist sogar denkbar, daß der zu 51 % am Stammkapital Beteiligte die unumschränkte Macht über die Unternehmung auch dann noch ausüben kann, wenn er nicht mehr gleichzeitig als Kommanditist beteiligt ist. Derart weitgehende Abwandlungen des gesetzlichen Rahmens lassen sich aber in der Regel nur bei Familiengesellschaften durchführen[1].

---

1) Angenommen, der Hauptgesellschafter einer GmbH & Co KG wolle die Erbfolge schon zu seinen Lebzeiten im Wege der Schenkung vorweg regeln. Dies kann weitgehend durch Übertragung der Kommanditbeteiligungen geschehen. Den Einfluß auf die Geschäftsführung verliert er damit jedoch noch nicht, da er selbst Anteilseigner an der GmbH bis zu seinem Tode bleibt. Da die Geschäftsanteile an der GmbH hier Vermögenswerte von relativ untergeordneter Bedeutung repräsentieren, werden sie erst später im Erbwege übertragen. Eine Trennung der GmbH-Anteile von den eigentlich dazugehörenden Kommanditanteilen wird bei den letzteren eine Werteinbuße zur Folge haben. Damit wird nämlich materiell gesehen auch die Trennung zwischen Stimmberechtigung und Gewinnanspruch vollzogen. Da diese Abspaltung jedoch nicht für die Dauer beabsichtigt wird, sondern nur aufschiebend durch den Todesfall des Erblassers bedingt sein soll, verbieten oftmals die Gesellschaftsverträge eine separate Veräußerung der Kommanditbeteiligungen oder der Anteile an der GmbH, während die Übertragung auf zukünftige Erben im Wege der Schenkung zugelassen wird.

### 3. Die kapitalistisch ausgestaltete Gesellschaft mbH & Co KG

Mit der Abwandlung zur kapitalistischen Organisation hin kann die GmbH & Co KG einen wesentlichen Vorzug verlieren, der für den Fortbestand von Familienunternehmungen von Bedeutung ist. Die Gewähr für einen dauerhaften Fortbestand der Identität zwischen GmbH-Anteil und Kommanditbeteiligung besteht nämlich jetzt nicht mehr. Hier kommt es vornehmlich darauf an, mit Hilfe von fungibel ausgestalteten Gesellschaftsanteilen Beteiligungskapital heranzuziehen. Als Vorteil verbleibt den Kommanditisten oder den Unterbeteiligten allenfalls der Gewinnanspruch und eine gewisse Gewähr, sich schnell im Verkaufswege von den Beteiligungen trennen zu können. Die Veräußerung bzw. die Übertragung einer solchen Beteiligung im Schenkungswege soll den Bestand des Unternehmens nicht berühren.

Wenn die Beteiligungen der körperschaftlich organisierten KG ebenfalls mobilisiert werden, sind sich beide Gesellschafts-Zwischentypen sehr ähnlich. In den Möglichkeiten der Einflußnahme auf die Geschäftsführung unterscheiden sie sich jedoch.

In der sogenannten körperschaftlich organisierten KG sind vermögende Kommanditisten die wahren Herren der Gesellschaft. Als Komplementär setzen sie einen oftmals vermögenslosen Fachmann ein, der ihren Weisungen zu folgen hat.

Demgegenüber ist wenigstens einer Gruppe von Kommanditisten oder Unterbeteiligten der zuletzt beschriebenen kapitalistisch ausgestalteten GmbH & Co KG jeder Einfluß auf die Geschäftsführung genommen worden. Der Gesellschaftsvertrag räumt dagegen vor allem dem Komplementär, daneben aber vielleicht auch noch einer anderen Gruppe von einflußreichen Kommanditisten eine bevorrechtigte Stellung ein, die durch Beschluß der

übrigen Kommanditisten oder Unterbeteiligten nicht gefährdet werden kann. Dabei ist es wie im Fall der Familiengesellschaft[1] denkbar, daß auf die GmbH nur ein geringer Anteil des gesamten Kommanditkapitals entfällt. Das Recht, über die Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnis und damit über die Machtverteilung innerhalb der Unternehmung zu bestimmen, richtet sich aber trotzdem im wesentlichen nach der Aufgliederung der Beteiligungen an der GmbH.

4. Exkurs: Die Doppelgesellschaft

Die Doppelgesellschaft wird allgemein im Schrifttum auch als Betriebsaufspaltung bezeichnet. Dem Wortbild nach trifft dieser Begriff durchaus nicht das, was mit ihm gesagt werden soll. Von einer Aufspaltung des "Betriebes", soweit darunter oft nur die technische Produktionsstätte verstanden wird, kann hier keinesfalls die Rede sein. Die Umgruppierung erfolgt nur in der Rechtssphäre des Unternehmens. Die Teilung bezieht sich im wesentlichen auf die getrennte Abrechnung der Leistungen und Aufwendungen des wirtschaftlich nach wie vor einheitlichen Unternehmens. Nur insoweit als die juristische Gestaltung die betriebliche Tätigkeit zu beeinflussen vermag (z.B. durch die Geltendmachung von Haftungsbeziehungen und vor allem durch die Besteuerung der Gesellschaftsformen), hat die Aufteilung einer Gesellschaftsform mittelbare Beziehungen auf den Betrieb.

Die Spaltung der bisher in der einheitlichen Rechtsform einer Personengesellschaft geführten Unternehmung in eine Eigentumspersonen-[2] und Betriebskapi-

1) vgl. S. 109 Anm. 1

2) Für die Personenfirma wird in diesem Zusammenhang oft der Begriff "Besitzpersonengesellschaft" gebraucht. Diese Bezeichnung ist aber irreführend, da eigentlich die Kapitalgesellschaft die Besitzfirma ist. Eigentümerin des gesamten Betriebsvermögens ist gerade die Personengesellschaft, die deshalb folgerichtiger als "Eigentumspersonengesellschaft" zu bezeichnen ist.

talgesellschaft ist der bekannteste und am häufigsten[1] vorkommende Typ der Doppelgesellschaft. Die Eigentumsfirma behält hierbei die ursprüngliche Rechtsform des Einheitsunternehmens bei und verpachtet an eine neu zu gründende Betriebskapitalgesellschaft ihre Betriebsgrundstücke und sonstigen Gegenstände des Anlagevermögens. Das übrige Betriebsvermögen, insbesondere das gesamte Vorratsvermögen kann von der Betriebsfirma käuflich übernommen oder aber als Warendarlehen an sie hingegeben werden. Bei der Betriebsaufspaltung ergibt sich dementsprechend der Mischtyp-Charakter nicht durch gesellschaftsrechtliche Verkoppelung von Personengesellschaft und GmbH, wie es das Gebilde der GmbH & Co KG zeigt. Im Rahmen der Doppelgesellschaft sind Personen- und Kapitalgesellschaft vielmehr durch Pacht-, Darlehns-, Patent-, Lizenz- und Kaufverträge miteinander verbunden.

Auch hier erfolgt wieder ein Einschnitt in die Synthese zwischen Macht und Verantwortlichkeit. Die juristische Trennung des Einheitsunternehmens bewirkt, daß zumeist der Grundbesitz vom Betrieb gelöst wird. Wird auch das übrige Anlage- und Vorratsvermögen im Wege der Pacht und des Warendarlehens hingegeben, so geht die Betriebskapitalgesellschaft, die das volle unternehmerische Wagnis zu tragen hat, mit Ausnahme des gesetzlich vorgeschriebenen Stamm- oder Grundkapitals vermögenslos aus. Damit genießen die Inhaber der Eigentumspersonengesellschaft, die infolge ihrer Eigenschaft als Anteilseigner der Betriebskapitalgesellschaft als die tatsächlichen Leiter des Unternehmens auftreten, die "Wohltat" der beschränkten Haftung. Liegt jedoch eine feststellbare Diskrepanz zwischen der Vermögensausstattung der beiden Unternehmensformen vor und läßt sich im Zusammenhang damit die Absicht der größtmöglichen Haftungsbeschrän-

---

1) So Knoppe, H.: Pachtverhältnisse gewerblicher Betriebe im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht. 2. Aufl. Düsseldorf 1961, S. 100

kung nachweisen, so muß damit gerechnet[1] werden, daß im Fall eines Zusammenbruchs die Berufung auf die begrenzte Haftung als Mißbrauch ausgelegt wird. Die mit Hilfe der Konstruktion der Doppelgesellschaft getarnten wahren Unternehmensleiter können dann im Hinblick auf die Art ihrer Geschäftsführung zur Rechenschaft gezogen werden.

Steuerlich war die Errichtung von Doppelgesellschaften in ständiger Rechtsprechung[2] anerkannt worden. Allerdings ist Wert darauf gelegt worden, daß die Beziehungen zwischen beiden Gesellschaften in Form der Pacht-, Darlehns-, Patent-, Lizenz- und Kaufverträge so aufgebaut sein müssen, wie sie unter einander Fremden ausgestaltet worden wären. Die jüngste BFH-Rechtsprechung und die darauf aufbauende Auffassung der Finanzverwaltung führen demgegenüber eine so bedeutende Ausnahme ein, daß den steuerlichen Motiven der Betriebsaufspaltung in der jüngsten Vergangenheit weitgehend[3] die Grundlage entzogen wird.

Im Rahmen der Doppelgesellschaft hatte die Eigentumspersonengesellschaft nämlich den Anspruch auf Rückgabe ihrer verpachteten oder als Warendarlehen hingegebenen Vermögensgegenstände als Aktivposten zu bilanzieren. In ihrer Eigenschaft als Pächterin oder Darlehensnehmerin hatte demgegenüber die Betriebskapitalgesellschaft diesen Posten als Rückgabeverpflichtung zu passivieren. Bei steigenden Preisen mußte nun die Betriebskapitalgesellschaft dem Bilanzierungsgrundsatz der Vorsicht Rechnung tragen und die Verbindlichkeit höher bewerten. Andererseits verbot das Realisationsprinzip der Eigentumspersonengesellschaft, den ursprünglichen Bilanzansatz ihres

---

1) So Lehmann, H., a.a.O. S. 288

2) OFH, 7.5.1947, StuW 1947, Nr. 24; BFH, 26.8.1952, BStBl 1952, III. S. 261; BFH 25.6.1957, BStBl 1957 III. S. 303; BFH 13.1.1959, BStBl 1959, III.S.197

3) vgl. den auf S. 106 Anm. 3 aufgeführten Sonderfall, wonach eine Betriebsaufspaltung auch gegenwärtig noch erhebliche Steuervorteile bieten kann.

Erneuerungsanspruches zu überschreiten. Hier ist zu betonen, daß diese unterschiedliche Bilanzierung bei den beiden Rechtsformen einer einheitlichen Unternehmung der gewerblichen Wirtschaft bisher eine der wenigen legalen Möglichkeiten geboten hätte, wonach infolge von Preissteigerungen entstehende Scheingewinne[1] vor der Besteuerung bewahrt werden konnten.

Der BFH spricht nun in dem sog. Warendarlehensurteil[2] den Grundsatz aus, daß bei steigenden Preisen entgegen allen zwingenden handelsrechtlichen Bilanzierungsgrundsätzen (Prinzip der Vorsicht, Realisationsprinzip) das Vorratsvermögen in beiden Bilanzen zum gleichen Wert auszuweisen sei. Die Finanzverwaltung[3] dehnt dieses Gebot im Zuge des Analogieschlusses auch auf das Anlagevermögen aus.

## III. Einzeluntersuchung über die Vereinbarkeit von körperschaftlichen Organisationselementen mit dem Organisationsprinzip der Gesamthandgemeinschaften

### a. Die Haftungsbeschränkung

#### 1. Die Stellung der Haftung im Rahmen der gesellschaftsrechtlichen Organisationsformen und -elemente sowie ihr Verhältnis zu dem Begriff der Verantwortlichkeit

Mit Ausnahme der KGaA als einzigem gesetzlich normierten Mischtyp basieren alle anderen Gesellschaften von ihrer gesetzlichen Normierung her entweder auf dem Prinzip

---

1) Der Begriff Scheingewinn ist letztlich abhängig von der Kapitalerhaltungsvorstellung. Berechnet man "etwas als positiven Erfolg, was in Wirklichkeit nur Kapitalerhaltung, vielleicht sogar Kapitalverzehr ist" (Hasenack,W.: Selbstfinanzierung und Kapitalerhaltung, Praktischer Betriebswirt 1931, S. 54), so liegt "Nichtgewinn", also anders ausgedrückt, Scheingewinn vor. Unter Kapitalerhaltung ist nach Hasenack eine Kalkulations-, Gewinnberechnungs- und Gewinnausschüttungspolitik zu verstehen, die von der Sorge um Sicherung einer "leistungsäquivalenten und entwicklungsadäquaten Substanzerhaltung" bestimmt wird. (vgl. zur Konzeption des Kapitalerhaltungsbegriffs: Hasenack,W.: Die Anlagenabschreibung im Wertumlauf der Betriebe und die Sicherung der Wirtschaft, ZfB 1938, S.139; ferner hier S. 150 f.)

2) BFH 13.1.1959 BStBl III 1959 S. 197

3) vgl. Henninger, F.: Umwandlungen, RWP 14, D Unternehmensformen II B 2/61 ff

der Gemeinschaft zur gesamten Hand oder auf der körperschaftlichen Organisation[1]. Nur bei der KGaA hat der Gesetzgeber bereits Bestandteile dieser beiden Grundorganisationsformen einheitlich zusammengefaßt.

Neben diesen beiden Grundorganisationsformen nennt Lehmann drei Organisationselemente, die bei jeder Gesellschaftsbildung mitwirken[2]. Zunächst sei die "Verschiedenartigkeit der Mittel, durch die der gemeinschaftliche Zweck vornehmlich erreicht werden soll", ein sehr wichtiges Organisationselement. Die Gesellschaftsbildung erfolge dementsprechend entweder durch die "Vereinigung der persönlichen Arbeitskräfte der Mitglieder oder durch die unpersönliche Vereinigung ihrer Kapitalbeiträge". Darauf beruhe die Unterscheidung in Personengesellschaften und Kapitalgesellschaften. Neben der Verschiedenartigkeit der eingesetzten Mittel mißt Lehmann dem "Zweck", den die Gesellschaft verfolgt, eine große typologische Bedeutung bei[3]. So könne die Gesellschaft nämlich wirtschaftliche oder ideelle Ziele anstreben.

Ein letztes, aber gerade wegen seiner Vielgestaltigkeit nicht minder bedeutsames Organisationselement sieht Lehmann in der "verschiedenen Ausgestaltung der Haftung"[3]. Bei jeder sonst auch noch so unterschiedlichen Gesellschaftsform richten sich die Haftungsbeziehungen streng danach, wie die zur Verfügung stehenden Organisationsformen und Organisationselemente zu einer einheitlichen Gesellschaftsform verbunden werden. In diesem Rahmen zeigt die gesetzliche Normierung der Gesellschaf-

---

1) Die Bruchteilsgemeinschaft nach dem Vorbild der römisch-rechtlichen Sozietas ist vom Handelsrecht als weitere denkbare Grundorganisationsform nicht berücksichtigt worden. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit kann aber eine Gesellschaftsform durchaus auch als Bruchteilsgemeinschaft organisiert werden. Vgl Näheres über Bruchteilsgemeinschaften bei Lehmann, H., a.a.O. S. 9

2) Lehmann, H., a.a.O. S. 12

3) Lehmann, H., a.a.O. S. 13

ten jeweils eine sinnvolle Verbindung von Organisationsformen und anderen Organisationselementen mit der Haftung. So ist es beispielsweise mit den Grundsätzen des Gesetzgebers unvereinbar, den persönlich mitarbeitenden und vertretungsberechtigten Inhabern von Gesamthandgemeinschaften die volle Haftungsbeschränkung zu gewähren. In einen solchen gesellschaftlichen Grundaufbau soll vielmehr das Element der unmittelbaren und unbeschränkten persönlichen Haftung einbezogen werden. Eine Haftungsbeschränkung gegenüber allen Eigentümern will der Gesetzgeber grundsätzlich nur bei körperschaftlichen Organisationen zulassen.

In Verbindung mit den verschiedenen Unternehmungsformen herrscht vielfach Unklarheit über die Reichweite der möglichen Haftungsbeschränkung. Der Begriff ist überhaupt nur richtig zu verstehen, wenn er auf das Privatvermögen der Gesellschaftsmitglieder bezogen wird. Für ein Gesellschaftsvermögen selbst gibt es keine Haftungsbeschränkung. Auch das Vermögen einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung kann im Konkurs oder Vollstreckungsfall dem Zugriff des Konkursverwalters oder der Gläubiger schließlich nicht entzogen werden. In Bezug auf das Gesellschaftsvermögen haftet jede Kapitalgesellschaft letztlich unmittelbar und unbeschränkt. Die Haftungsbeschränkung kann hier lediglich das Privatvermögen der Gesellschafter vor den Ansprüchen der Gläubiger schützen.

Haftung und Verantwortlichkeit sind Begriffe, die eng zusammengehören. Sie sind allerdings nicht gleichbedeutend[1].

An der Ausgestaltung der Haftung kann die Öffentlichkeit ermessen, in welchem Ausmaß der Gesellschafts-

1) Klausing, F.: DJZ 1935, S. 1139, "Unbeschränkte Risikoübernahme, d.h. persönliche Haftung des Einzelunternehmers oder Gesellschafters mit ihrem Privatvermögen, und Verantwortlichkeit sind verschiedene Dinge."

eigentümer oder der selbsttätige Unternehmensleiter bei einer Insolvenz der Unternehmung vermögensmäßig belangt werden kann. Die Haftung im gesellschaftsrechtlichen Sinne bedeutet also Übernahme des Vermögensrisikos, das von den Personen getragen werden soll, die für die Unternehmung verantwortlich sind. Das Ausmaß der Haftung ist von der augenblicklichen Geschäftslage der Unternehmung unabhängig. Nur durch Umwandlung der Rechtsform oder durch sonstige Umgestaltungen in der rechtlichen Sphäre der Unternehmung läßt sich der haftungsrechtliche Wirkungsbereich einengen oder erweitern.

Die Verantwortlichkeit ist demgegenüber nach Art und Umfang fortwährend Wandlungen unterworfen. So schwankt sie gewöhnlich schon mit internen betrieblichen Maßnahmen und ist mit den Erfolgen der allgemeinen technischen und wirtschaftlichen Entwicklung eng verknüpft. Sie soll eine für die gesamte Tätigkeit des Unternehmensleiters maßgebende Richtlinie und zugleich Grenze in ethischer, rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht bilden. Die Verantwortlichkeit ist demnach ein Element, welches über dem Unternehmerverhalten als allgemein ordnender Maßstab steht.

Haftung und Verantwortlichkeit berühren sich höchstens im wirtschaftlichen und rechtlichen Bereich der Unternehmensführung. Setzt sich hier der leitende Gesellschafter über den Bereich seiner Verantwortung hinweg und erwachsen der Unternehmung daraus Rückschläge, so haftet derselbe Unternehmer gegebenenfalls für die schlechten Ergebnisse seiner Tätigkeit. Haftung und Verantwortlichkeit stehen dann in einem Folgeverhältnis. So sind Inanspruchnahmen aus der Haftungsverpflichtung oftmals die Folge eines wirtschaftlich und rechtlich verantwortungslosen Handelns des betreffenden Unternehmers.

Die eingehende und zwingende gesetzliche Regelung der Haftungsbeziehungen soll zur Erhöhung der Rechtssicherheit im Wirtschaftsleben beitragen. Vornehmlich werden hierdurch die Belange der Gläubiger geschützt. In dem Verhältnis des leitenden Gesellschafters zu seinen Gläubigern haben Haftung und Verantwortlichkeit denselben Bezugspunkt. Insofern bestehen zur Abgrenzung der Verantwortlichkeit lediglich für diesen Bereich zwingende Rechtsnormen.

Angesichts der gemeinwirtschaftlichen Bedeutung der Verantwortlichkeit für die Unternehmensführung erschien Klausing[1] eine gesetzliche Regelung, die sich nur auf das Verhältnis des leitenden Personengesellschafters zu seinen Gläubigern bezog, zu knapp und daher unwirksam. Deshalb sollte nach seinem Reformvorschlag die Verantwortlichkeit des Unternehmers im ethischen und gemeinwirtschaftlichen Bereich ebenfalls in Rechtssätze gefaßt werden. Die unbeschränkte Risikoübernahme, d.h. persönliche Haftung des Gesellschafters mit seinem gesamten Privatvermogen, und die Verantwortlichkeit in ihrer Vielgestaltigkeit seien grundsätzlich verschiedene Dinge, die aber einer umfassenden gesetzlichen Regelung bedürfen[2]. Diese Lücke lasse sich nur durch eine Reform des gesamten Gesellschaftsrechts schließen. Der Unternehmer müsse unabhängig von seinem persönlichen Kapitalrisiko "unter das Gesetz der Verantwortung gegenüber den ihm anvertrauten Individual- und Gemeininteressen gestellt werden.

Diese Reform auf dem Gebiet des Gesellschaftsrechts ist jedoch unterblieben. Somit ist die Verantwortung des Unternehmers lediglich in Bezug auf die Beachtung der Gläubigerbelange gesetzlich geregelt. Dabei haben diese Bestimmungen im wesentlichen nur für persönlich

---

1) Klausing, F.: in DJZ 1935, Sp. 1135

2) Klausing, F., a.a.O. Sp. 1139

haftende Gesellschafter Bedeutung. Deshalb kann die Art und Weise, wie der einzelne selbsttätige Unternehmer die ethische und gemeinwirtschaftliche Verantwortlichkeit in sein Verhalten einbezieht, wegen des Fehlens einer maßgeblichen Gesetzesbestimmung höchstens ein Kriterium für die Beurteilung seiner charakterlichen Qualität bilden.

2. Die Beurteilung des heutigen Risikos der unmittelbaren und unbeschränkten persönlichen Haftung

Der Gesetzgeber hat der Regelung der Haftungsbeziehungen im Rechts- und Wirtschaftsverkehr naturgemäß von je her große Bedeutung beigemessen. Demgegenüber verlieren nach betriebswirtschaftlicher Auffassung Haftungsfragen an Gewicht, da hier die Erforschung der Bedingungen eines störungsfreien und harmonischen Betriebsablaufs im Vordergrund steht.

So wirft Schmalenbach dem Gesetzgeber vor, daß er den Wesensunterschied der Unternehmungsformen in der kapitalmäßigen Haftung sehe[1]. Diese Auffassung sei jedoch wirklichkeitsfremd. Bei wirtschaftlicher Betrachtung der Gesellschaftsformen sei der Haftungsgrad eines oder mehrerer Gesellschafter in der Regel unbedeutend. Entscheidungen des Kaufmanns bei der Suche nach der für sein Unternehmen geeigneten Rechtsform seien vielmehr danach zu treffen, wie eine Unternehmungsform dazu beitragen könne, das finanzielle Rüstzeug und den Kredit einer Unternehmung zu stärken. Daher stellt Schmalenbach den "Grad der Freizügigkeit des Unternehmerkapitals" sowie die "Abhängigkeit und den Grad der Verbundenheit von Geschäftsführung und Kapitaleignerschaft" in seiner Bedeutung für die Wahl der Rechtsform über das Haftungselement.

Diese Auffassung beruht allerdings auf Voraussetzungen, von denen der Gesetzgeber in seinen Rechtsbestimmungen

1) Schmalenbach, E.: Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl., Köln 1950, S. 186

nicht ausgegangen ist. Nach Schmalenbach können nur Wesensmerkmale mit wirtschaftlichem Gehalt typologische Bedeutung für die Einteilung der Unternehmungsformen haben. Dagegen will der Gesetzgeber in erster Linie die Rechtssicherheit im Wirtschaftsverkehr im Wege einer strengen Regelung der Haftungsbeziehungen unter allen Beteiligten gewährleisten. Deshalb kann er nicht einseitig die Belange der Unternehmer fördern, denen naturgemäß an einer möglichst störungsfreien Entfaltung ihrer Leistungsfähigkeit im Rahmen geeigneter Rechtsformen gelegen ist. Vielmehr gehört es zu den wesentlichen Aufgaben des Gesetzgebers, ebenfalls Schutzbestimmungen zugunsten aller anderen Marktteilnehmer aufzustellen, die zu der betreffenden Gesellschaft wirtschaftliche und finanzielle Beziehungen anknüpfen.

Die Ausgestaltung der Haftung ist aber, entgegen der Auffassung von Schmalenbach, betriebswirtschaftlich von großer Bedeutung. Die Leistungsfähigkeit kleiner und mittelgroßer Unternehmungen kann nämlich erheblich von der persönlichen Einstellung der Gesellschafter zum Haftungsrisiko abhängen. Soweit sich leitende Gesellschafter einerseits eines hohen Geschäftswagnisses bewußt sind und dabei andererseits keinen Schutz gegen mögliche Haftungsverflechtungen mit ihrer Privatsphäre sehen, kann ein solches Erkennen ihre persönliche Einsatzbereitschaft hemmen. Gerade bei Gesellschaften dieser Größenordnung hängt aber der unmittelbare wirtschaftliche Erfolg maßgeblich von der Dynamik der verantwortlichen Unternehmer ab. Je nach Wirtschaftszweig bestehen unterschiedlich hohe Haftungsrisiken, gegen die sich die betroffenen Personen wenigstens in gewissen Grenzen durch entsprechende Ausgestaltung der Gesellschaftsform absichern möchten. Die Unternehmer streben letztlich nicht etwa ausschließlich nach optimaler Erfüllung betriebswirtschaftlicher Aufgaben und Ziele um derer selbst willen. Zunächst wollen sie nämlich ihre persönlichen Belange geschützt sehen. So wird oft die Haftungsbeschränkung manchen Unternehmer in dem Gefühl der persönlichen Sicherheit bestärken, in der er die Grundlage für eine erfolgreiche Entfaltung seines Einsatzwillens auf wirtschaftlichem Gebiet sieht.

Bekanntlich trifft den verantwortlichen Unternehmer bei schlechtem Geschäftsgang nicht immer eigenes Verschulden: "Der in seiner Gefährlichkeit wie in der Größenordnung größte Krisenherd ist nicht nur ein außerbetrieblicher, sondern sogar ein außerwirtschaftlicher"[1]. Deshalb soll einem Unternehmer die Chance eines gegebenenfalls notwendig werdenden Neubeginns nicht völlig versagt sein. Insofern lassen sich Haftungsbeschränkungen auch von dieser Seite aus rechtfertigen.

Schmalenbach weist ausdrücklich darauf hin, daß den Unternehmer in der freien Marktwirtschaft Schäden treffen können, denen keine Fehlgriffe von eigener Seite zugrunde lägen[2]. Einem solchen "grausamen und von Gerechtigkeit oft weit entfernten Prinzip" vermöge allein die Haftungsbeschränkung zumindest insofern entgegenzuwirken, als sie solche Lasten auf mehrere Schultern verteilt. Nach Schmalenbach soll sich jedoch der Unternehmer in der freien Wirtschaft gegen derartige Rückschläge dadurch sichern, daß er den unverschuldeten Schaden bereits in seiner Kalkulation in Rechnung stellt. In dieser Weise könne man das unverschuldete Mißgeschick vermeiden oder wenigstens selbständig überwinden.

Demgegenüber halten Böttcher und Knoppe in Anbetracht der unsicheren Lage der Wirtschaft die Haftungsbeschränkung für sinnvoller als die kalkulatorische Berücksichtigung möglicher aber noch nicht eingetretener Rückschläge, die sich niemals in ihrer genauen Höhe beziffern lassen[3]. Das Risiko der persönlichen

---

1) Wenn Hasenack in: Unternehmertum und Wirtschaftslähmung, Berlin 1932, S.187 konkret damit auch die mit ökonomischer Vernunft nicht zu vereinbarende Art der wirtschaftlichen Liquidierung des ersten Weltkrieges meint, so besitzt seine Aussage doch allgemeine Gültigkeit und ist insofern auch zur Kennzeichnung heutiger Situationen durchaus angebracht.

2) Schmalenbach, E.: Der freien Wirtschaft zum Gedächtnis, Köln-Opladen, 1949 S.2o

3) Böttcher-Meilicke: Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften, 5.Aufl. 1958, S.542: ebenso Knoppe, H.: Pachtverhältnisse gewerblicher Betriebe im Einkommensteuer-und Körperschaftsteuerrecht, 2.Aufl., Düsseldorf 1961, S.1o2

Haftung sei heute erheblich höher als in früheren Jahren zu veranschlagen[1]. Auch sie stellen fest, daß der wirtschaftende Mensch durch Umstände und Verhältnisse in eine Haftung verstrickt werden könne, an der er selbst keinerlei Schuld und Verantwortung trage. Eine Haftungsbeschränkung für die Gesellschafter lasse sich im Rahmen der Personengesellschaft vor allem durch Kombinationen wie etwa Gesellschaften mbH & Co KG, Betriebsaufspaltungen und kapitalistisch oder körperschaftlich organisierte Kommanditgesellschaften erreichen.

---

1) Die Autoren wollen an Hand von Beispielen die Behauptung erhärten, daß sich das Haftungsrisiko heute nicht mehr allein auf den Kreis kleiner und mittelgroßer Unternehmungen beziehe. Mit dem Hinweis auf zahlreiche Insolvenz- und Überschuldungsfälle bedeutender Unternehmungen in der jüngsten Vergangenheit wollen sie die erhebliche Zunahme des Risikos der unbeschränkten Haftung nachweisen:

Es handelt sich um Insolvenzfälle und Überschuldungsfälle oder allgemein darum, daß große Unternehmungen in äußerst gefährliche finanzielle und rentabilitätsmäßige Bedrängnis geraten sind.

Böttcher-Meilicke, a.a.O. S. 542, weisen hin auf: Deutter (Augsburg); Siemens-Glas; Henschel Kassel; Papierholding St. Moritz; Baumgartner Lübeck - Lausanne;

Knoppe, H., a.a.O. S. 102, verweist auf frühere Angaben Böttchers in Stbjb. 1952, S. 78: Aachener Tuch; Phrix-Konzern;

Außerdem ist hier auch an die großen finanziellen und wirtschaftlichen Schwierigkeiten bei BMW und an den aufsehenerregenden Konkursfall bei Borgward zu erinnern. Vollkommen überraschend kam auch der Zusammenbruch des Schliekerkonzerns, wo die Konzernspitze als KG auftrat, bei der der persönlich haftende Gesellschafter W. Schlieker selbst war (nicht etwa eine GmbH). Derartige Zusammenbrüche großer Unternehmungen bzw. ganzer Unternehmenskomplexe erschüttern immer wieder zahlreiche kleine und mittelgroße Zulieferbetriebe.

Allgemein erkennt man also im Schrifttum an, daß dem Unternehmer gerade bei einer liberalistischen Wirtschaftsverfassung leicht Rückschläge drohen, die man ihm persönlich nicht zur Last legen kann. Die Auffassungen weichen lediglich in dem Punkt, wie der Einzelne am zweckmäßigsten solchen Rückschlägen begegnen soll, von einander ab. Einerseits sieht man in der Haftungsbeschränkung den geeigneten Schutz gegen unvorhergesehene Risiken; andererseits glaubt man, das möglicherweise eintretende, aber unverschuldete Mißgeschick durch entsprechende Kalkulation auffangen zu können. Gemeinsamkeit besteht in beiden Fällen immer noch insofern, als man diese Lasten jeweils auf unternehmensfremde Dritte abwälzen will. Bei Haftungsbeschränkungen zu Gunsten der Gesellschafter tragen die Gläubiger einen wesentlichen Teil des Schadens, während der Ansatz im Kalkulationsverfahren zu einer entsprechend höheren Preisstellung führt und so den Kundenkreis belastet.

Der grundlegende Unterschied dieser beiden Auffassungen liegt in dem Zeitpunkt, in welchem Rückschläge, an deren Entstehung den Unternehmer kein Verschulden trifft, wirtschaftlich berücksichtigt werden sollen. Im Fall der Kalkulation bleibt es letztlich ungewiß, ob die durch Reservenbildung gewonnenen Mittel auch tatsächlich einmal zur Abdeckung eines unverschuldeten Schadens eingesetzt werden müssen. Unabhängig davon wird aber der Käufer mit diesen Kosten im Wege relativ hoher Preisfestsetzungen belastet. Nur größere Unternehmungen mit einer entsprechend starken Marktstellung können sich auf die Dauer eine Kalkulation leisten, die auch die vermuteten Aufwendungen nicht abwägbarer Ereignisse in ihre Preisstellungen mit einbezieht. Die Geschäftsleitungen solcher Unternehmungen lassen sich dabei leicht dazu verleiten, solche Beträge für andere Vorhaben, wie z.B. Investitionen zu verwenden, anstatt sie in zweckgebundenen Risikorückstellungen für den Zeitpunkt der bisher noch

nicht eingetretenen Schwierigkeiten bereit zu halten. Bei der Haftungsbeschränkung entsteht die Belastung der Gläubiger erst mit dem Wirksamwerden des wirtschaftlichen Rückschlages. Die laufende Kalkulation kann dementsprechend diese Kosten außer Ansatz lassen.

Das Risiko der unmittelbaren und unbeschränkten persönlichen Haftung ist eng mit der Entwicklung von Recht und Wirtschaft verknüpft. In diesen Bereichen vollzieht sich ein unaufhaltbarer Prozeß internationaler Verflechtungen, die das Haftungsrisiko anwachsen lassen und unüberschaubarer als bisher erscheinen lassen. Unerwartete technische Entwicklungen sowie die Erschließung neuartiger Energiequellen können den Ablauf der Wettbewerbswirtschaft wenigstens zeitweilig empfindlich stören[1]. Die Unternehmungen können dabei ihre noch von der Kriegswirtschaft her ständig angespannte kapitalmäßige Struktur kaum verbessern, so daß sie viel krisenanfälliger sind als vergleichbare ausländische Unternehmungen. Laufende Steuerbelastungen und die von der wirtschaftlichen Betrachtungsweise getragenen und selten wirtschaftfreundlichen Auslegungen auf dem Gebiet des Steuerrechts verschärfen dieses Spannungsverhältnis. Auch darin kann häufig die Ursache für unerwartet plötzlich eintretende und vorher nicht für möglich gehaltene Haftungsverflechtungen liegen.

Hier kann besonders eine von den Ansichten des Steuerpflichtigen abweichende Beurteilung umsatzsteuerlicher

---

1) z.B.: Neuartige Fertigungsverfahren und dadurch ausgelöste Investitionsentscheidungen; Automatisierung und gleitende Arbeitswoche im Drei- oder Vierschichten-Betrieb (Problem der Sonntagsarbeit); Heizöl in der Industrie und Schutz anderer schon vorhandener Energiequellen durch Einführung indirekter Steuerbelastungen des neuen Energiespenders; Atomenergie und besondere Gesetzgebung zur friedlichen Nutzung der Kernenergie, verbunden mit sehr hohen Ausgaben zum Aufbau solcher neuen Energiezentren.

**Tatbestände** von Seiten der Finanzverwaltung die gegenwärtig noch günstig erscheinende Ertragslage der Unternehmung empfindlich schwächen:

Der Unternehmer hat beispielsweise schon seit längerer Zeit seiner Kalkulation einige der scheinbar noch für ihn geltenden Befreiungsvorschriften des § 4 UStG zugrunde gelegt. Plötzlich stellt die Finanzverwaltung jedoch in der rechtlichen Beurteilung des Kaufmanns Fehler fest[1]. Entgegen der bisher von der Finanzbehörde nicht beanstandeten Auffassung des Unternehmers erweist sich nun nach näherer Nachprüfung die Behandlung der Gegenstände als steuerschädlicher Be- oder Verarbeitungsvorgang, der über die in § 12 Abs. 1 UStDB zugelassenen Tätigkeiten hinausgeht. Vielleicht weicht auch die Art der umgesetzten Gegenstände nach diesen Ermittlungen nur geringfügig aber immerhin steuerschädlich von den Freilisten bzw. Großhandelskatalogen ab[2]. Im Rechtsmittelverfahren werden die Feststellungen des Finanzamtes als richtig bestätigt. Damit ergibt sich auf die Jahre der unrichtigen Auslegung zurückwirkend für den Unternehmer statt der Umsatzsteuerfreiheit oder statt ermäßigter Steuersätze der Normalsteuersatz von 4 %[3]. Das Finanzamt kann den Gesamtbetrag dieser für die zurückliegenden Jahre geschuldeten Beträge sofort anfordern[4]. Die daraus resultierende finanzielle und wirtschaftliche Belastung der Unternehmung nimmt vor allem dann bedrohliche Ausmaße an, wenn die Umsatzrentabilität bisher nur zwischen 3 % und 4 % ge-

---

1) vgl. § 222 Abs. 1 Ziff 1 AO (ohne Betriebsprüfung)

2) siehe Näheres in den §§ 29, 30, 56, 57; UStDB und Freiliste 3

3) gem. § 7 Abs. 1 UStG

4) gem. § 3 Abs. 1 StAnpG, in Verbindung mit § 99 AO

schwankt hatte[1].

Bei den gewinnabhängigen und den auf dem Bewertungsgesetz aufbauenden Steuern liegt die Gefahr neuartiger Auslegungen der gesetzlichen Bestimmungen oder Abänderung der Tarife gleichfalls auf der Hand[2]. Die Fehlbeurteilung wird jedoch hier regelmäßig keine nachhaltig ruinösen Auswirkungen auf die Kostenlage des Unternehmens haben. Die Umsatzsteuer kann dagegen gerade wegen ihrer Umsatzabhängigkeit[3] bei falscher

---

1) Zwar liegt hier eine nachträglich berücksichtigungsfähige Erkenntnis vor, die es zuläßt, den betrieblichen Aufwand einer jetzt höheren Veranlagung in den früheren Handels- und Steuerbilanzen gewinnmindernd zu berücksichtigen. Der Steuerpflichtige hat jedoch keinen Anspruch auf Vornahme einer Betriebsprüfung, denn nur auf diese Weise können rechtskräftige Veranlagungen wieder aufgerollt werden (gem. § 222 Abs. 1 Ziff. 2 AO). Allerdings kann in diesem Fall aber die Ablehnung der vom Steuerpflichtigen angeregten Betriebsprüfung einen Ermessensmißbrauch der Finanzbehörde darstellen (Hübschmann-Hepp-Spitaler, Anm. 10 zu § 222 AO). Trotzdem besteht jedoch für den Unternehmer der entscheidende Druck weiterhin darin, daß die höheren betrieblichen Steuerlasten im Preis der vergangenen Jahre nicht mehr berücksichtigt werden können. Er muß gegebenenfalls für die Zukunft sogar seine Absatz- und Preispolitik ändern. Falls ihm das nicht gelingt und er sein Sortiment auch nicht in der gewünschten steuerunschädlichen Richtung abändern kann, muß er notfalls sein Unternehmen oder wenigstens diesen Produktionszweig aufgeben.

2) vgl. z.B. die Rechtsprechung zur Behandlung der Pachterneuerungsrückstellungen bei Betriebsaufspaltungen (siehe Exkurs auf S. 111 ff.) sowie die strenge steuerliche Behandlung verdeckter Gewinnausschüttungen im Körperschaftsteuerrecht (vgl. S. 58 f.); Dabei kann man im Steuerrecht auch kaum von einer endgültigen Rechtskraft der Veranlagung sprechen, da die Bestimmungen des § 222 AO allzu leicht Änderungen durch die Finanzbehörden zulassen. Der Fall der Verjährungsfrist (§ 143 AO) ist in seiner Seltenheit nahezu ausgeschlossen; Vielfach unerwartet kam auch im Jahre 1958 die Spaltung des Körperschaftsteuertarifs;

3) Die Absicht, Gewinn zu erzielen, ist nicht erforderlich, damit ein Vorgang umsatzsteuerbar ist (§ 2 Abs. 1 UStG).

Beurteilung des steuerlichen Tatbestandes zu Aufwandsteigerungen führen, die schließlich aus den laufenden Erträgen nicht mehr gedeckt werden können.

Die Entwicklung des Verhältnisses zwischen Betriebsaufwand und Marktpreisen wirkt sich auf die Möglichkeit der Überschußfinanzierung gegenwärtig ungünstig aus. Die Engpaßsituation auf dem Arbeitsmarkt und die massiven Lohnerhöhungen infolge der standig steigenden Forderungen von Gewerkschaftsseite führen zu einer bedenklichen Erhöhung des Lohnaufwandes und der damit verbundenen Aufwendungen für vorgefertigtes Material. Unternehmungen, deren Aufwandstruktur betriebsnotwendig einen hohen Lohnanteil aufweist, verspüren den Druck, der von jeder neuen Lohnerhöhung ausgeht, besonders intensiv. Außerdem bewirkt die Steigerung billiger Einfuhren, daß solche Unternehmer ihre erhöhten Aufwendungen nicht mehr beliebig in Form von Preiserhöhungen auf die Nachfrager abwälzen können [1]. Mit den schrumpfenden Gewinnraten vermindert sich ebenfalls die Möglichkeit, Eigenkapital durch Überschußfinanzierung in dem betriebswirtschaftlich erforderlichen Ausmaß zu bilden.

Diese wirtschaftlich bedenkliche Entwicklung wird noch durch das Auslaufen vieler steuerlicher Vergünstigungen gefördert, die die Investitionstätigkeit und den Willen der Unternehmer zur Eigenkapitalbildung anregen sollten. Im Rahmen zahlreicher steuerlicher Sonderregelungen[2] sollten private Wirtschaftszweige zur Kapazitätsausdehnung angeregt oder für gewisse Volksgruppen der Anreiz zu einem wirtschaftlichen Neuaufbau geschaffen werden. In der Regel wurden diese Vergünstigungen in Form von Bewertungsfreiheiten bei der Bemessung der Absetzungen für Abnutzungen

1) Vgl.z.B.Konjunkturbericht der FAZ v.7.5.1962
2) Bewertungsfreiheiten der Siebenergruppe des Einkommensteuergesetzes; Die Steuerbegünstigung des nicht entnommenen Gewinns, § 10 a EStG; Das Investitionshilfegesetz;

gewährt. Darin lag allerdings gewöhnlich[1] nur ein zeitlich befristeter Steuerverzicht. Mit dem Auslaufen dieser Vergünstigungen erhöhte sich dann der Gewinnausweis. Die Steuerbelastungen stiegen damit häufig um den Teil an, der dem früher zugebilligten Besteuerungsaufschub ungefähr entsprach.

### 3. Grenzen bei der Verbindung der Haftungsbeschränkung mit der Personengesellschaft

#### a) Rechtliche Grenzen der Haftungsbeschränkung

Die unmittelbare und unbeschränkte persönliche Haftung ist - wie bereits festgestellt wurde[2] - ein für Personengesellschaften typisches Organisationselement. Zwar besteht das Gesellschaftsrecht zum überwiegenden Teil aus dispositiven Vorschriften. Zumindest formellrechtlich aber sind die Bestimmungen über die Haftung bei den Personengesellschaften zwingend. Die Rechtsstellung einer juristischen Person, die im Rahmen der KG die Funktion des persönlich haftenden Gesellschafters ausübt, ist heute allgemein anerkannt. Als Komplementär haftet nämlich diese juristische Person unmittelbar mit ihrem gesamten Vermögen für die Schulden der KG. Damit erfüllt sie das Erfordernis der unbeschränkten Haftung wie eine natürliche Person.

Zweifel an der Zulässigkeit dieser Rechtsform können allerdings immer noch dann auftauchen, wenn die unbeschränkte Haftung, die als zwingendes Rechtserfordernis notwendigerweise mit der Personengesellschaft verbunden werden muß, zwar formell besteht, tatsächlich aber über den Grad einer unzureichenden vermögens-

---

1) Im Zuge der Unternehmensumformung nach den Vorschriften des handelsrechtlichen und steuerlichen Umwandlungsgesetzes konnten hier infolge der ermäßigten Besteuerung des Umwandlungsgewinnes erster Stufe möglicherweise echte Steuerersparnisse erzielt werden.

2) vgl. S.115 f.

mäßigen Deckung hinwegtäuschen soll. In einer solchen materiellen Unzulänglichkeit der unbeschränkten persönlichen Haftung gegenüber dem möglicherweise bevorstehenden Zugriff der Gläubiger sehen manche Autoren einen Mißbrauch der Rechtsform[1].

Besonders streng und der herrschenden Lehre oft nicht immer entsprechend urteilt J.v.Gierke über die Zulässigkeit von körperschaftlich organisierten Kommanditgesellschaften und von Gesellschaften mbH & Co KG[2]. So lehnt er die GmbH & Co KG entschieden ab und stellt sich damit ausdrücklich[2] gegen die geltende Auffassung. Er bezeichnet diese Rechtsform als eine "groteske Verrenkung" der KG, bei der keine Einzelperson unbeschränkt mit ihrem vollen Vermögen haftet[3].

J.v.Gierkes ablehnende Haltung gegenüber der GmbH & Co KG geht auf seine Lehre vom genossenschaftlichen Ordnungsprinzip zurück[4]. Danach liege die Hauptbedeutung des Gesellschaftsrechts in seiner Ordnungsfunktion. Die wirtschaftliche Betätigung der Beteiligten solle in genossenschaftlicher Verbundenheit ablaufen. Ohne eine solche Ordnung des Rechtsverkehrs würde die

---

1) vgl.hierzu: v.Gierke, J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht, 6.Aufl., Berlin 1949, S.2o3; Lehmann, H., a.a.O. S.282; Müller-Erzbach, Beiträge zum Wirtschaftsrecht II, Marburg 1931 S.737 ff; Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, 2.Band, 4.Auflage, 1963, § 164, Anm.11, 14

2) v-Gierke, J., a.a.O. S.2o2 f

3) Angesichts der kompromißlos scharfen Ablehnung der GmbH & Co KG durch v.Gierke weist Hasenack, W.: Gesellschaftsrechtliche Probleme in juristischer und wirtschaftlicher Sicht,BFuP 195o, S.258, darauf hin, daß man solche "Verrenkungen" schon aus wirtschaftlich praktischen Überlegungen nicht vorbehaltlos ablehnen könne. "Steuersystem und Steuertarife müssen wieder sinnvoll werden, ehe man der Praxis legale Ausweichversuche durch eine scharfe Auslegung (Mißbrauch von Rechtsformen) auch nach der privatrechtlichen Seite hin erschwert".

4) v.Gierke, J., a.a.O. S.15o

Vereinigung von Menschen zu leicht in "Anarchie" ausarten. Im Gesellschaftsrecht sollen nach diesem Prinzip, das eigentlich dem gesamten bürgerlichen Recht und Handelsrecht eigen ist, ursprünglich nur die Beziehungen innerhalb eines engeren Kreises von Verbundenen geregelt werden. Deshalb bezeichnet J.v. Gierke es als genossenschaftliches Ordnungsprinzip. Dieses wirke sich zwar in allen Genossenschaften aus, erfahre aber andererseits "bei den Gesellschaften eine eigene Abtönung". Diesem Prinzip zufolge können nach J.v.Gierke die rechtlichen Funktionen, die der Gesetzgeber den Gesellschaftern zugedacht hat, nur von natürlichen Personen wahrgenommen werden. Eine GmbH als Komplementär einer KG ist deshalb nach dieser Lehre nicht denkbar. Eine derartige Gesellschaftsform wird somit von J.v.Gierke als Mißbrauch abgelehnt. Für die Gesellschafter einer solchen GmbH müsse die unbeschränkte persönliche Haftung aufleben[1]. Das gleiche soll nach J.v.Gierke auch für die körperschaftlich organisierte KG gelten, wenn die Komplementäre beiseite geschoben werden und Kommanditisten an ihre Stelle treten[2]. Für diesen Fall fordert er, daß solche Gesellschafter trotz entgegenstehender Eintragungen im Handelsregister ausnahmslos unmittelbar und unbeschränkt persönlich haften sollen. Nach der Auslegung mit Hilfe des genossenschaftlichen Ordnungsprinzips können nämlich Kommanditisten den persönlich haftenden Gesellschafter nicht völlig entrechten.

Wenn J.v.Gierke die körperschaftlich organisierte KG, bei der die geschäftsführenden Kommanditisten den Komplementär in den Hintergrund gedrängt haben, und die GmbH & Co KG vom genossenschaftlichen Ordnungsprinzip her vorbehaltlos ablehnt, so verrät sein Urteil

1) v.Gierke, J., a.a.O. S.2o3

eine Überschätzung formeller Gesichtspunkte. Soweit die gesellschaftsrechtlichen Funktionen von dem im Gesetz dafür vorgesehenen Kreis natürlicher Personen ordnungsgemäß versehen werden, erhebt er nämlich keine Bedenken gegen ein Mißverhältnis zwischen Unternehmensgröße und haftendem Vermögen.

Anders beurteilt Lehmann die Frage der Haftungsbeschränkung im Rahmen der Personengesellschaft[1]. Er hält sich dabei an den gesellschaftsrechtlichen Grundgedanken vom Gleichgewicht zwischen Macht und Verantwortlichkeit als allgemeinen Maßstab. Dementsprechend sieht er die Zulässigkeit der umstrittenen Gesellschaftsformen mehr in Abhängigkeit von der materiellen Ausgestaltung der Haftungsbeziehungen. Sein Ergebnis ist somit auch nicht so eindeutig determiniert wie die entschieden ablehnende Haltung J.v. Gierkes gegenüber "Grundtypenvermischungen"[2].

Das von Lehmann erkannte Gleichgewicht zwischen Macht und Verantwortlichkeit kommt im Gesellschaftsrecht in Form der gesetzlich geregelten Haftungsbeziehungen zum Ausdruck[3]. Gegen unbedeutende und von der Wirtschaft allgemein als notwendig empfundene Verschiebungen in diesem ausgewogenen Verhältnis hat Lehmann nichts einzuwenden. Damit erkennt er im Gegensatz zu J.v. Gierke die GmbH & Co KG und die von Kommanditisten oder gesellschaftsfremden Dritten geleitete körperschaftlich organisierte KG allgemein an. Zumindest erscheinen ihm diese Grundtypendeviationen mit der ständigen Rechtsprechung vereinbar. Nur für einige Ausnahmefälle kennzeichnet er die körperschaftlich

---

1) Lehmann, H., a.a.O. SS. 281, 127, 128

2) Die Bezeichnung "Grundtypenvermischung" stellt einen Oberbegriff für alle Misch- bzw. Zwischentypen des Handelsrechts dar. Der Begriff wurde von Zielinski, G.: Grundtypenvermischungen im Handelsrecht, Marburg 1925, S. 7, in die Literatur eingeführt.

3) vgl. die Darstellung des Gleichgewichtsgrundsatzes auf S. 102 ff.

organisierte KG und die GmbH & Co KG als krasse Verstöße gegen den Gleichgewichtsgrundsatz[1]. So lehnt er die Einmanngesellschaft mbH & Co KG ab, bei der auf beiden Seiten dieselben Personen stehen und bei der überdies noch eine offensichtlich unzureichende Kapitalgrundlage festgelegt wird. Tatsächlich sei ein so ausgestalteter Mischtyp zur Täuschung des Publikums geeignet. Lehmann äußert ebenfalls Zweifel an der Zulässigkeit extrem körperschaftlich organisierter Zwischentypen in der Rechtsform der KG. Es käme der Umgestaltung wesentlicher Gerechtigkeits- und Ordnungsgedanken im Gesellschaftsrecht gleich, wenn die Geldgeber ungehindert einen von ihnen völlig abhängigen, vermögenslosen Komplementär vorschieben könnten, und sich, obwohl sie sich die Leitung der Gesellschaft sichern, als Kommanditisten tarnen könnten[2].

Nach Lehmann[2] kann man den Maßstab des vom Gesetzgeber bis ins einzelne durchgeführten Gleichgewichtsgrundsatzes an jede dieser beiden gesellschaftsrechtlichen Entartungsformen anlegen: Auch "die nachgiebigsten Vorschriften einer gesetzlichen Einrichtung" dürften nicht willkürlich ausgeschaltet und umgestaltet werden. "Der Zweck der Einrichtung" sei vielmehr maßgebend zu berücksichtigen. Abweichende Abmachungen dürften keinesfalls "wesentliche Gerechtigkeits- und Ordnungsgedanken der Einrichtung auf Kosten der Verkehrssicherheit in ihr Gegenteil verkehren". Lehmann sieht allerdings noch nicht ohne weiteres einen Mißbrauch in dem Ausbau der Rechtsform, die den gesetzlich vorgegebenen Gesellschaftstyp denaturiert. Der Mißbrauch und damit auch die Grenze der Zulässigkeit des Misch- oder Zwischentyps könne erst in der Berufung auf die Haftungsvorteile der in ihr Gegenteil verkehrten Rechtsform liegen. Nur bei auffälligen

---

1) Lehmann, H., a.a.O. SS. 283, 127 ff

2) Lehmann, H., a.a.O. S. 282

Verzerrungen lasse sich angesichts der Begleitumstände schon die Wahl der Form als mißbräuchlich kennzeichnen.

Die Gedanken Lehmanns enthalten indessen keine festumrissene Aussage, unter welchen konkreten Bedingungen die mit der Personengesellschaft verbundene Haftungsbeschränkung ihre Wirksamkeit verlieren muß. Abgesehen von eindeutig krassen Mißbrauchs- und Umgehungsfällen muß man danach die Berufung auf die Haftungsvorteile und die Ergebnisse der etwa hierzu ergehenden Rechtsprechung abwarten. Erst dann läßt sich im Einzelfall erkennen, ob tätige Gesellschafter mit Vertretungsbefugnissen ohne Rücksicht auf die von ihnen sorgfältig ausgeklügelten Haftungsbeschränkungen den Gläubigern unbeschränkt haften würden.

Müller-Erzbach äußert sich ebenfalls zu der Frage, ob die Teilnahme eines Kommanditisten an der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft Einfluß auf dessen beschränkte Haftung haben kann[1]. Entgegen der herrschenden Lehre und Rechtsprechung befürwortet er schon bei solchen Abweichungen von den gesetzlichen Normbestimmungen das Aufleben einer unbeschränkten Haftung des betreffenden Kommanditisten.

Demgegenüber hält sich Schlegelberger[2] in derselben Frage vornehmlich an die Ansätze in Literatur[3] und Rechtsprechung[3]. Hier könne man unter bestimmten Voraussetzungen eine unbeschränkte Haftung des geschäftsführenden Kommanditisten annehmen. Dies sei

---

1) Müller-Erzbach, R., a.a.O. S. 737

2) Schlegelberger, F., a.a.O. S. 1354, Anm. 14 zu § 164 HGB

3) Schlegelberger bezieht sich auf folgende Literatur und Rechtsprechung: Weipert, O., in Reichsgerichtsrätekomm. z. HGB Bd. II, 2. Aufl. 1950 § 164, Anm. 14; Würdinger, H., Gesellschaften 1. Teil 1: Recht der Personalgesellschaften, Hamburg 1937, S. 32 ff; RGZ 129, 50; 156, 277;

insbesondere dann gegeben, wenn in dem Verhalten des Kommanditisten eine bewußte Irreführung Dritter liege. Das gleiche müsse gelten, wenn der geschäftsführende Kommanditist eine vermögenslose Person als Komplementär vorschiebe. In solchen Fällen sei, so betont Schlegelberger, der Rahmen des dispositiven Rechts durchbrochen und der Tatbestand des Mißbrauchs der Rechtsform erfüllt. Trotz entgegenstehender Eintragung im Handelsregister müsse dann der Kommanditist als wirklicher Geschäftsführer unbeschränkt haften.

b) Betriebswirtschaftliche Grenzen der Haftungsbeschränkung

Lieferanten und sonstige Gläubiger, die mit den geschäftsführenden Gesellschaftern einer körperschaftlich organisierten KG oder GmbH & Co KG in Geschäftsbeziehung stehen, äußern selten Bedenken gegen eine sehr weitgehende Haftungsbeschränkung, die auf einer geschickt ausgeklügelten juristischen Konstruktion beruht. Gewöhnlich haben diese Personen auch keine Gelegenheit zur Einsicht in den Gesellschaftsvertrag, aus dem die Rechtsverhältnisse verstanden werden könnten. Das Handelsregister wird von den betreffenden Kaufleuten erfahrungsgemäß selten eingesehen. Der komplizierte juristische Aufbau eines Gesellschaftsvertrages ließe sich aus den knappen Eintragungen ohnehin kaum rekonstruieren.

Für den vorsichtig disponierenden Lieferanten oder Darlehnsgläubiger kann allerdings die Kenntnis der gesellschafts- und darunter vor allem der haftungsrechtlichen Zusammenhänge teilweise entbehrlich sein. Er macht nämlich die Zusage eines Geld- oder Warenkredits von den dinglichen Sicherheiten abhängig, die der Geschäftspartner zur Verfügung stellen kann.

Mit einer weit getriebenen Haftungsbeschränkung wird aber zugleich die Grundlage für die Hingabe von dinglichen Sicherheiten eingeschränkt. So hat eine auf Fremdkapital angewiesene Unternehmung gegen erhebliche wirtschaftliche und finanzielle Widerstände anzukämpfen, wenn sie den Kreditgebern keinerlei dingliche Sicherheiten mehr bieten kann. Wird bei der körperschaftlich organisierten KG die Haftungsgrundlage trotzdem auf ein im Verhältnis zum gesamten Geschäftsumfang unbedeutendes Mindestmaß reduziert, so müßten kreditsuchende Gesellschafter schließlich Teile ihres Privatvermögens den Fremdkapitalgebern als Sicherheiten anbieten. Zuweilen bestehen vorsichtige Kreditgeber auch darauf, daß die leitenden Gesellschafter eine private Bürgschaftsverpflichtung eingehen. Die Praxis setzt sich in dieser Weise über allzu komplizierte und für den betreffenden Unternehmer haftungsrechtlich scheinbar vorteilhafte Rechtsformen hinweg. Im Wege freier Vertragsvereinbarungen zwischen Gesellschaftern und Gläubigern wird somit oft wieder ein Zustand hergestellt, der in seiner rechtlichen Tragweite der für Personengesellschaften typischen unbeschränkten Haftung[1] gleichkommt.

Die Wahrscheinlichkeit, daß eine sorgfältig durchdachte Haftungsbeschränkung in zweiseitigen privaten Verhandlungen wieder gelockert wird, hängt zuletzt weitgehend von der Geschicklichkeit der Unternehmer in ihren betrieblichen Finanzdispositionen sowie auch von ihrer Machtstellung im Marktgefüge ab. Bei günstiger Nachfragesituation ist die Gesellschaft nur in geringem Maß auf die Hilfe von Kreditgebern angewiesen. Unternehmer, die aber auf besonders schnelle Betriebserweiterung bedacht sind, werden sich jedoch nicht allein mit den über den Preis erzielten Gewinnen zufrieden geben, sondern sich um die Aufnahme

1) Unmittelbare und unbeschränkte persönliche Haftung im Gesellschaftsrecht und Ausfallbürgschaft in unbeschränkter Höhe haben letztlich die gleichen Wirkungen. vgl. § 773, Ziff. 1 BGB

weiteren Investitionskapitals bemühen. Angesichts einer Wirtschaftslage, die den Unternehmern den Weg der Überschußfinanzierung bietet, ist der Risikoschutz einer Haftungsbeschränkung kaum gefragt. Ein Außenstehender verlangt von seinem Geschäftspartner dann auch keinen Verzicht auf eine bereits bestehende Haftungsbeschränkung. Mit allgemein nachlassender Nachfrageintensität und merklichen Aufwandsteigerungen wird allerdings das Ausmaß der Überschußfinanzierung eingeschränkt. Damit wächst aber gleichzeitig das Interesse der Gesellschafter an einem Schutz vor dem Risiko der unbeschränkten persönlichen Haftung. Gerade dann werden jedoch die nun unentbehrlichen Kreditgeber darauf dringen, die Haftungsbeschränkung in ihrer Wirkung zu lockern oder sie sogar aufzuheben.

Die Haftungsbeschränkung im Rahmen einer GmbH & Co KG kann auch noch von der Seite der Besteuerung dieses Gesellschaftsverhältnisses eine wirtschaftlich finanzielle Grenze haben. So gelten im Sinne des Kapitalverkehrsteuerrechts (Teil I, Gesellschaftsteuer) die Anteile der Kommanditisten an einer KG als Gesellschaftsrechte an Kapitalgesellschaften, wenn zu den Komplementären dieser KG eine juristische Person gehört[1]. Damit löst über die Gründung der GmbH & Co KG hinaus jede weitere Zuführung neuen Kommanditkapitals Gesellschaftsteuerpflicht aus[2]. Die Entstehung der Gesellschaftsteuerpflicht im Zusammenhang mit der Kapitalzuführung an eine GmbH & Co KG wird allgemein damit begründet, daß die Kommanditeinlagen letztlich

---

1) So § 6 Abs. 1 Ziff. 4 KVStG; vgl. auch Hesselmann M., a.a.O. S. 174ff; ebenso Bühler, O., Steuer und Gesellschaftsform, StuW 1943 Sp. 125: "Das Kapitalverkehrsteuergesetz von 1934 allerdings deutet die GmbH & Co doch ganz in eine Kapitalgesellschaft um.."

2) Eine Zuführung neuen Kommanditkapitals liegt vor, wenn durch Darlehen von Kommanditisten eine wirtschaftlich "durch die Sachlage gebotene Kapitalzuführung" ersetzt wird (§ 3 Abs. 1 KVStG)

das GmbH-Kapital erhohen[1]. Daher kann nach Hesselmann eine Übertragung der Kommanditbeteiligungen ohne Vergrößerung der Kommanditeinlagen nicht erneut Gesellschaftsteuerpflicht auslösen[2]. Nach überwiegender Meinung des Schrifttums ist die GmbH und nicht die GmbH & Co KG als Steuerschuldner anzusehen[3]. Insofern stellt die Gesellschaftsteuer in Höhe von 2,5 % der Gegenleistung für den Ersterwerb des Gesellschaftsrechts abzugsfähigen Betriebsaufwand der GmbH dar, der eigentlich auch von dieser getragen werden muß[4].

---

1) So Hesselmann, M., a.a.O. S. 175, vgl. dort die Hinweise in Anm. 535

2) Hesselmann, M., a.a.O. S. 176; dort zitiert: Ritter, K.: GmbH & Co, NWB Fach 18, S. 90

3) Hesselmann, M., a.a.O. S. 186, ebenso die Entscheidungen und Autoren, die in Anm. 568 derselben Seite genannt werden; dagegen Böttcher, C., RWP-Blattei, 14, Steuer-R, D Unternehmensformen, Einzelfragen 12 b, GmbH & Co III, ebenfalls bei Hesselmann, M., a.a.O. S. 186 zitiert: Steuerschuldner sei die GmbH & Co KG

4) Wirtschaftlich wird dieser Steueraufwand allerdings meist von der GmbH & Co KG getragen. Deshalb ist es nach Hesselmann, M., a.a.O. S. 147 zulässig und zuweilen auch notwendig, die GmbH & Co KG im Gesellschaftsvertrag zur Erstattung der von der GmbH für die Gesellschaftsteuer verauslagten Beträge zu verpflichten. Andernfalls könne die Gesellschaftsteuerpflicht einer GmbH mit niedrigem Kapital im Verhältnis zu einem sehr hohen Kommanditkapital diese wegen Überschuldung zur Konkurseröffnung zwingen.

## b. Die fungible Ausgestaltung von Beteiligungen an Kommanditgesellschaften im Falle einer Vielzahl von Gesellschaftern

### 1. Die Rechtfertigung fungibler Ausgestaltungen von Beteiligungen an Kommanditgesellschaften

Im Rahmen einer mittelstandsfreundlichen Wirtschaftspolitik will man allen Betrieben unabhängig von ihrer Größenordnung möglichst gleiche Startbedingungen bieten. Ebenfalls sollen breite Bevölkerungsschichten durch den Erwerb von Miteigentum an den Produktionsmitteln der einzelnen Betriebe zugleich unmittelbar am Ablauf des Wirtschaftsprozesses interessiert werden. Ihrer rechtlichen Struktur nach könnte am besten die AG dieser Zielsetzung dienen. Für kleine und mittelgroße Wirtschaftsbetriebe ist diese Gesellschaftsform aber meist zu kostspielig. Solche Unternehmen wählen daher die Rechtsform der KG und versuchen, ihren Bedarf an langfristigem Beteiligungskapital im Wege fungibel ausgestalteter Kommanditbeteiligungen bzw. Unterbeteiligungen zu decken.

### 2. Die im rechtlich-organisatorischen Aufbau der Aktiengesellschaft liegende Überlegenheit gegenüber der Kommanditgesellschaft bei der Beschaffung von Beteiligungskapital

#### a) Die wachsende Bedeutung der Aktiengesellschaft in Zeiten zunehmender Schwierigkeiten bei der Beschaffung von Beteiligungskapital und rückläufiger Möglichkeit der Überschußfinanzierung

Ihrer Struktur nach soll die AG mit Inhaberaktien die Beschaffung von Beteiligungskapital fördern. Darin besteht im wesentlichen ihr finanzieller Vorzug gegenüber anderen Gesellschaftsformen. Bei genügend

hohem Grundkapital[1] wird sie auf Antrag zur Börse zugelassen.

Schmalenbach hat die Wirkung der Mobilisierung[2] mit dem Vorbild der Teilschuldverschreibung verglichen[3]. Diese könne nämlich auch dann "Kapitalien in den Dienst langfristiger Unternehmungen" stellen, wenn der Kapitalgeber selbst sein Geld nicht für lange Zeit hergeben kann. Die gleiche Transformationswirkung sei auch für die Mobilisierung typisch. Die Benutzung von Kapital für langfristige Zwecke sei so mit Hilfe der Inhaberaktien möglich, obwohl sich einzelne Kapitalgeber nur kurzfristig oder wenigstens auf unbestimmte Dauer beteiligen wollen. Der Aktionär könne und solle, wenn er eine andere Verwendung für sein Kapital habe, nicht "die AG um Rückzahlung angehen". In solchen Fällen stehe es ihm frei, seinen Anteil zu verkaufen.

---

1) vgl. Herold-Lippisch, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl., Berlin-Frankfurt a.M., 1962, S. 76; "Allgemeine Gültigkeit hat die Bekanntmachung betr. die Zulassung von Wertpapieren zum Börsenhandel v. 4.7. 1910 mit späteren Änderungen". Diese Bekanntmachung ist abgedruckt bei Sieg, H., Börsenrecht (Textsammlung) München u. Berlin 1953, S. 31 ff: maßgebend ist danach der § 1 Wertp.Zul.Bek.: "Wertpapiere, die auf einen Geldbetrag gestellt sind, dürfen zum Börsenhandel nur zugelassen werden, wenn von den Stücken, in denen der Börsenhandel stattfinden soll, mindestens vorhanden sind:
Bei der Börse zu Berlin ein Gesamtnennwert von DM 500.000.--
bei den Börsen zu Frankfurt (Main) und Hamburg ein Gesamtnennwert von DM 500.000.--
bei den übrigen Börsen ein Gesamtnennwert von DM 250.000.--."

2) "Die langsam entwickelte Mobilisierung oder Fungibilisierung bestand darin, daß die konkrete Einzelforderung mit den Möglichkeiten der Erhebung von Rügen, Einreden usw. gegen sie, die aus dem ursprünglichen Geschäft folgten, der Abstrahierung unterworfen wurde. In einem jahrhundertelangen Prozeß wurde so das Wertpapier geschaffen, das ein abstraktes Recht verkörpert". (Rittershausen, H.,: Industrielle Finanzierungen, Wiesbaden 1964, S. 16; weitere Einzelheiten zu der geschichtlichen Entwicklung der "Mobilisierung oder Fungibilisierung" finden sich ebendort S. 16 f)

3) Schmalenbach, E.: Aktiengesellschaft außer Dienst, ZfhF 1949, S. 2

In der Nachkriegszeit bis etwa 1959/60 bot sich Verkäufern infolge des anhaltend starken Nachholbedarfs eine allgemein günstige Marktlage. So war man auf den Mobilisierungsvorteil der AG nur in Ausnahmefällen angewiesen. Der Wettbewerb unter den Anbietern war meist nicht sehr scharf und das günstige Verhältnis zwischen relativ niedrigem Aufwand und hohen Preisen brachte den Unternehmern beachtliche Gewinne ein. Solche Überschüsse konnten sie als billige Finanzierungsmittel zu Rationalisierungen sowie Kapazitätserweiterungen einsetzen. Viele Aktiengesellschaften hatten es mithin nicht nötig, bei der allgemein für die Unternehmer vorteilhaften Wirtschaftslage ihren großen organisatorischen Vorteil der Mobilisierung voll zu nutzen. Umfangreiche Aktienemissionen fanden infolgedessen seltener als gegenwärtig statt.

Allgemein hat sich heute jedoch das Kräfteverhältnis in der Wirtschaft verschoben. Von Arbeitnehmerseite her betriebene Lohnerhöhungen, die teilweise sogar über den erzielten Produktivitätszuwachsraten liegen, haben zu einer empfindlichen Steigerung der Gesamtkosten, vor allem im Bereich lohnintensiver Unternehmungen geführt. Wenn eben möglich versuchen die Unternehmer, solche Lohnerhöhungen auf den Abnehmer der Fertigprodukte abzuwälzen. Mit zunehmender Liberalisierung des Handels auf internationaler Ebene müßten allerdings diesem schleichenden Preis-Kostenauftrieb Grenzen gesetzt werden. Die von den Gewerkschaften erkämpften Lohnerhöhungen können dann nicht mehr bedenkenlos in Form höherer Preisstellung den Konsumenten aufgebürdet werden, da vor allem im EWG-Raum die Auslandskonkurrenz jederzeit bereit ist, den inländischen Käufer mit günstigeren Angeboten zu umwerben.

Jedenfalls läßt sich bereits heute erkennen, daß gegenwärtig und auch in Zukunft das Ausmaß der Überschußfinanzierung von der Seite zunehmender Aufwandsteigerungen - vor allem auch im Bereich der Besteu-

erung - [1] und ungünstiger Preisentwicklung eingeschränkt wird. Sicherlich werden einzelne Unternehmer vorübergehend noch Überschußfinanzierung in größerem Stil betreiben können, weil sie es verstehen, ihren Erzeugnissen auffällige Präferenzen gegenüber der Konkurrenz zu verschaffen. Solche Sonderfälle bestätigen aber angesichts ihrer Einmaligkeit die Rückläufigkeit der Überschußfinanzierung.

In dieser Situation ist die große AG mit mobilisierbaren Anteilen allen anderen Gesellschaftsformen überlegen. Sie ist nämlich von allen Unternehmungsformen am wenigsten auf Überschußfinanzierung[2] angewiesen. Das für eine Betriebserweiterung notwendige Eigenkapital kann sie im Wege der Kapitalerhöhung beschaffen. Die neuen Aktien verkauft sie an der Börse oder sonst am freien Markt. So läßt sich aus zahlreichen kleinen Kanälen der insgesamt gesehen hohe Kapitalbedarf decken. Außerdem führt die breite Streuung des Aktienbesitzes noch zu einem wirtschaftspolitisch erwünschten Effekt. Der Aktionär ist nämlich als "wirtschaftlicher Eigentümer"[3] am Gesellschaftsvermögen anzusehen.

---

1) Dabei ist die Tendenz wachsender Steuerlasten, die das Ausmaß der Überschußfinanzierung erheblich beschneiden, sehr bedenklich. Einerseits gerät die Kapitalstruktur der Wirtschaftsbetriebe dabei in ein ungesundes finanzielles Mißverhältnis von Fremdkapital zu Eigenkapital. Andererseits wird dadurch die Unternehmerinitiative gelähmt, die Steuerehrlichkeit nimmt ab und die Neigung des "Kostenmachens" in den Betrieben erhält Auftrieb. (Unter "Kostenmachen" sind Aufwendungen ohne Produktivitätseffekt zu verstehen, die allein die Bemessungsgrundlage für die Ertragsbesteuerung mindern sollen).

2) Überschußfinanzierung nach Hasenack,W.: Der Begriff der Selbstfinanzierung als Ursache gefährlicher Mißverständnisse, BFuP 1958, S. 673 ff, definiert "als Kapitalbeschaffung für Investitionen aus zurückbehaltenen Gewinnen, denen Enthaltsamkeit in der Gewinnausschüttung zugrunde liegen kann und die nicht unbedingt aktiv preissteigernd wirken muß," ist eine Art der Selbstfinanzierung, also höchstens als eingeschränkte Selbstfinanzierung anzusehen. Zur Selbstfinanzierung müssen nämlich darüber hinaus noch "die Kapitalumschlagsbeschleunigung", die "Vermögensumformung", das "Konzernclearing" und die "Eigen-(Einlagen-) Finanzierung" gerechnet werden. (Hasenack,W. a.a.O., S. 675) Weitere Einzelheiten zur Definition und Einordnung des Begriffs der Überschußfinanzierung in das Schema der betriebswirtschaftlichen Finanzierungswege finden sich ebendort S. 673 ff.

3) Rasch,H.: Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 1960, S.9; ebenso Entwurf eines Aktiengesetzes, Bundestagsdrucksache v. März 1960 S.94

b) Die Schwierigkeiten der in der Rechtsform einer Kommanditgesellschaft betriebenen mittelständischen Unternehmungen bei der Beschaffung von Beteiligungskapital

Die nicht als AG betriebenen mittelgroßen Wirtschaftsbetriebe sind bei der Beschaffung von langfristigem Beteiligungskapital ungünstiger als die AG gestellt. Wenn auch kleine und mittelgroße Aktiengesellschaften vom börsenmäßig organisierten Kapitalmarkt allgemein ausgeschlossen sind, so erleichtert ihnen doch ihre körperschaftliche Organisation in Verbindung mit der Inhaberaktie die Aufnahme von Beteiligungskapital. Für die überwiegende Mehrzahl von Klein- und Mittelbetrieben ist allerdings die Rechtsform einer AG infolge der hohen Besteuerung[1] und der Kosten für die Prüfung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses letztlich zu kostspielig. Deshalb liegt es nahe, solche Unternehmungen als Kommanditgesellschaften zu betreiben, um auf der Grundlage breit-gestreuter Beteiligungen nötigenfalls neues und möglichst langfristiges Eigenkapital aufzunehmen. Mit der kapitalistischen Ausgestaltung übernimmt die KG organisatorische Eigenschaften der AG. Die rechtliche Zwitternatur einer solchen KG, die als Personengesellschaft immer noch auf dem Prinzip der Gemeinschaft zur gesamten Hand aufbaut, führt zu Schwierigkeiten, bei deren Überwindung einige Zweifelsfragen[2] zu lösen sind.

---

1) Eine bemerkenswerte steuerliche Entlastung kleiner und mittelgroßer Kapitalgesellschaften auf dem Gebiet der Gewerbesteuer erfolgte allerdings in jüngster Vergangenheit durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes. (Vgl. Erlaß des FM NRW vom 26.6.1962, BStBl 1962 II, S. 149). Danach ist die Hinzurechnungsvorschrift des § 8 Ziff. 6 GewStG für nichtig erklärt worden. Gehälter wesentlich beteiligter Gesellschaftergeschäftsführer oder -Vorstände dürfen demzufolge den steuerpflichtigen Gewerbeertrag nicht mehr erhöhen.

2) Diese Zweifelsfragen werden in den nachfolgenden Kapiteln (von S. 147 ff an) untersucht.

Schon die Registeranmeldungen sind im Hinblick auf umfangreiche Formvorschriften äußerst umständlich. Bei einer Änderung der Kommanditeinlage oder bei Eintritt oder Austritt eines Kommanditisten müssen nach handelsrechtlicher Vorschrift alle Beteiligten die Anmeldung vollziehen und die Unterschriften beglaubigen lassen[1]. Dieses Verfahren wirkt sich bei einer vielköpfigen KG, bei der solche Anmeldungen häufig vollzogen werden müssen, besonders störend und zeitraubend aus[2].

Neben diesen formellen Schwierigkeiten hemmen auch haftungsmäßige Verpflichtungen die Freizügigkeit der Kommanditbeteiligungen. Handelsrechtlich haftet nämlich der ausgeschiedene Kommanditist noch fünf Jahre für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die bis zum Zeitpunkt seines Ausscheidens bestanden haben. Diese Regelung ist darauf zurückzuführen, daß das Gesetz die einfache Überschreibung eines Kommanditanteils nicht kennt[3]. Bei der maßgeblichen Bestimmung hatte der Gesetzgeber in erster Linie an ein Ausscheiden des Kommanditisten gedacht, ohne daß ein neuer Gesellschafter an dessen Stelle trat. Durch die Auszahlung der Kommanditbeteiligung wird gewöhnlich die Haftungsgrundlage gegenüber den Gläubigern verringert. Aus diesem Grunde soll der schon ausgeschiedene Kommanditist noch fünf Jahre lang für alte Gesellschaftsschulden bis zur Höhe seiner ehemaligen Einlage beschränkt forthaften[4].

Wenn aber mit dem Ausscheiden des alten Kommanditisten ein neuer Gesellschafter sofort mit einer gleich hohen

---

1) vgl. §§ 108; 162 Abs. 3; 175; HGB

2) so Schmalenbach, E., Die Beteiligungsfinanzierung, Köln und Opladen, 1949, 7. Aufl. S. 126

3) Schmalenbach, E., a.a.O., S. 126

4) so auch Lehmann, H., a.a.O., S. 138; Weipert, O., Zur Haftung der ausgeschiedenen Kommanditisten im Falle des Gesellschafterwechsels durch Allgemein- oder Sonderrechtsnachfolge, DR 1943, S. 774

Einlage eintritt, bleibt die Haftungsgrundlage in der ursprünglich festgelegten Höhe erhalten. Die gesetzliche Bestimmung des § 150 Abs. 1 HGB, die unabhängig von diesem Tatbestand auch den ausgeschiedenen Kommanditisten noch fünf Jahre lang für Gesellschaftsschulden forthaften läßt, führt damit zu einer Erweiterung der Haftungsgrundlage. Nach Schlegelberger[1] liegt im Ausscheiden und in der Ausbezahlung des Auseinandersetzungsguthabens an den Kommanditisten auch eine Rückzahlung der Einlage. Daher haftet der ehemalige Kommanditist den Gesellschaftsgläubigern wieder unmittelbar[2]. Seine Haftung für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft beschränkt sich aber auf die Höhe der alten Beteiligung. Der ausgeschiedene sowie der neue Gesellschafter haften sogar gesamtschuldnerisch. Dieser in aller Strenge vom Gesetzgeber verfolgte Grundsatz läßt sich aus dem Wesen der Gesamthandgemeinschaft erklären. Danach sind die persönlich haftenden Gesellschafter und Kommanditisten durch Vertrag gemeinschaftlich am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Sie verfolgen einen gemeinsamen, vertraglich festgelegten Zweck und haften deshalb auch gemeinschaftlich für die Schulden der Gesellschaft. Dabei übersteigt die gesetzlich festgelegte Haftung des Kommanditisten jedoch nicht die Höhe der ausbedungenen Einlage und erlischt im übrigen mit der Volleinzahlung dieser Einlage.

Das Gewerbesteuerrecht weicht allerdings von dem handelsrechtlichen Grundsatz der Haftungsbeschränkung für Kommanditisten ab. Nach § 5 GewStG haften nämlich Komplementäre und Kommanditisten gesamtschuldnerisch unbeschränkt für die Gewerbesteuerschulden der Gesellschaft. Das Finanzamt kann also für die hebeberech-

---

1) Schlegelberger, E., HGB-Kommentar, 4. Aufl., 2. Bd. 1963, S. 1384

2) gem. § 172 Abs. 4 HGB; u. RGZ 64,80;

tigte Gemeinde, in deren Bezirk die Betriebsstätte der Gesellschaft liegt[1], den Haftungsanspruch in Höhe der gesamten Gewerbesteuerschuld bei einem Kommanditisten geltend machen und eintreiben. Diese Bestimmung bildet eine wesentliche Ausnahme vom geltenden Handelsrecht und hemmt die Freizügigkeit der Kommanditbeteiligungen. Ein einzelner Kommanditist kann sich nämlich trotz geringfügiger Beteiligung im Rahmen einer Vielzahl von Gesellschaftern plötzlich einer hohen fälligen Gewerbesteuerschuld gegenübersehen[2].

Ein Kommanditistenwechsel führt jedesmal zur Vertragsauflösung mit den in der Gesellschaft verbleibenden Betriebseigentümern. Dabei muß im einzelnen das Auseinandersetzungsguthaben des Ausscheidenden festgestellt werden, weil dieses zugleich als Grundlage für die steuerliche Erfassung des Veräußerungsgewinns herangezogen wird[3]. Obwohl ein solcher Gewinn aus Gewerbebetrieb als außerordentliche Einkunft im Sinne des § 34 Abs. 2 Ziff. 1 EStG behandelt wird und infolgedessen einem ermäßigten Einkommensteuertarif unter-

---

1) vgl. § 73 Abs. 3 AO

2) Beispiel: Bei einer kapitalistisch organisierten KG sind 30 Gesellschafter beteiligt. Auf Grund gestiegenen Gewerbeertrages und Gewerbekapitals ergibt sich eine hohe Gewerbesteuerabschlußzahlung. Wegen des gestiegenen Geschäftsumfangs ist die Liquidität der Gesellschaft angespannt. Jetzt könnte das Finanzamt die gesamte Gewerbesteuerschuld der Gesellschaft von einem mit nur beispielsweise 1 % kapitalmäßig beteiligten Kommanditisten einfordern. Alle Gesellschafter haften eben gesamtschuldnerisch unbeschränkt und gerade bei diesem Kommanditisten hat die Einziehung Aussicht auf Erfolg, weil er aus anderer Tätigkeit noch hohe Einkünfte bezieht oder sonst noch eigenes Vermögen besitzt. Vor allem im Konkursfall sichert diese für den einzelnen Kommanditisten sehr gefährliche unbeschränkte gesamtschuldnerische Haftung dem Finanzamt die Einziehung seiner Gewerbesteuerforderungen.

3) Rechtsgrundlagen: §§ 16 Abs. 1 Ziff. 2; 34 Abs. 2 Ziff. 1 EStG; aber auch gegebenenfalls § 24 Ziff. 2 EStG

liegt, erfolgt der Gewinnausweis und die Versteuerung der stillen Reserven meist in einem für den Veräußerer unerwünschten Zeitpunkt. Falls ein Firmenwert vorhanden ist, muß dieser, soweit er auf den veräusserten Anteil entfällt, in der Steuerbilanz der Gesellschaft aktiviert werden. Dort dürfen die Gesellschafter diesen derivativen Firmenwert auch später nicht in Form von angemessenen Abschreibungen tilgen. Die Freizügigkeit der Kommanditbeteiligungen kann somit ebenfalls durch die Besteuerung des Veräußerungsvorgangs erheblich beeinträchtigt werden.

Ein Kapitalanleger, der Aktien in Privatbesitz erwirbt, kann steuerlich demgegenüber oftmals wesentlich besser gestellt sein. Kursgewinne seiner Anteilspapiere lassen sich nach Wahrung einer Frist von sechs Monaten im Wege des Verkaufs steuerfrei realisieren[1]. Zwar wirkt die Politik der Bildung stiller Reserven schlagartigen Kurssteigerungen gewöhnlich entgegen. Erst wenn ein größerer Kreis von Effektenverkäufern vermutet, daß infolge bisher nicht zur Ausschüttung gelangter stiller Reserven möglicherweise eine Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bevorstehen könnte, pflegen beispielsweise die betreffenden Aktienkurse beträchtlich anzuziehen[2]. Ein Kapitalanleger, der diese Gelegenheit zu steuerfreier Kursgewinnmitnahme erkennt, wird sich nicht für die Beteiligung an einer KG entscheiden, bei der schon das Verfahren der Beteiligung viel komplizierter abläuft als bei einer AG.

---

1) vgl. die §§ 22 Ziff. 2; 23 EStG;
aber Ausnahme § 17 EStG

2) siehe andere, ebenfalls die Kursbildung an der Effektenbörse bestimmende Gründe auf S. 193 ff.

## 3. Die Prüfung der grundlegenden Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit einer fungiblen Ausgestaltung von Beteiligungen an Kommanditgesellschaften

### a) Die bisher erörterten Vorschläge als Zusammenstellung nicht gesicherter Ergebnisse

Die bereits dargestellten Schwierigkeiten, mit denen Personengesellschaften allgemein bei der Beschaffung von Beteiligungskapital zu kämpfen haben, lassen sich nicht schlechthin mit jeder Art der kapitalistischen Ausgestaltung einer KG beheben oder abmildern. Eine gewisse Erleichterung ist allenfalls denkbar, wenn man wenigstens am nicht amtlich organisierten Kapitalmarkt leicht übertragbare Kommanditbeteiligungen in verbriefter Form anbieten kann. Dabei muß aber zunächst untersucht werden, ob die Verbriefung des Beteiligungsanspruchs - etwa im Rahmen einer Anweisung - tatsächlich mit den entsprechenden bürgerlich-rechtlichen und handelsrechtlichen Bestimmungen vereinbar ist.

Eine fungibel ausgestaltete und verbriefte Kommanditbeteiligung ist letztlich nur dann leicht veräußerlich, wenn die Kurse an einer börsenähnlichen Einrichtung fixiert werden können. Dazu gehört auch eine Typisierung der Beteiligung, ähnlich der aktienrechtlichen Einteilung in Inhaber- und Namensaktien. Für den einzelnen Kapitalanleger darf das Haftungsrisiko, bzw. Vermögensrisiko nicht den Wert der einzelnen Einlage übersteigen. Insofern soll ein solcher Gesellschafter eine dem Aktionär ähnliche Stellung einnehmen. Innerhalb dieser Beteiligungsform muß außerdem die Entstehung und Besteuerung von Veräußerungsgewinnen vermieden werden. Im übrigen darf diese Organisation nicht zur Annahme eines Mißbrauchs bürgerlichrechtlicher und handelsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten führen[1]. Mit der Verbriefung des Beteili-

1) siehe § 6 StAnpG

gungsanspruchs muß schließlich auch die formale Schwierigkeit der zahlreichen Registeranmeldungen überwunden werden.

Nach Schmalenbach soll zur Überwindung solcher formalen Schwierigkeiten als einziger Kommanditist lediglich eine Vertrauensperson oder Firma im Handelsregister eingetragen werden, bei der die übrigen Kommanditisten dann unterbeteiligt sein könnten[1]. In diesem Verfahren sieht Schmalenbach keine Umgehung bestehender Rechtsvorschriften. Eine solche Vereinfachung verletze keine Gläubigerbelange und könne in aller Öffentlichkeit stattfinden. Das von Schmalenbach vorgeschlagene Institut eines "Gestionskommanditisten"[1], bei dem die Vielzahl der anderen Gesellschafter unterbeteiligt ist, enthält zumindest schon die Grundlage für eine begrenzte Mobilisierung der Kommanditbeteiligungen. Die fünfjährige handelsrechtliche Haftung des ausgeschiedenen Gesellschafters für ehemalige Verbindlichkeiten seiner Gesellschaft entfällt nämlich mit der Einschaltung dieses Kommanditisten. Im Handelsregister erscheint allein die Einlage des Gestionskommanditisten, die vom Gesellschafterwechsel nicht berührt wird. Der Wechsel unter den übrigen Gesellschaftern vollzieht sich hier auf der Ebene der Unterbeteiligungen, die im Handelsregister nicht eingetragen sind.

Schmalenbach beschränkt sich in seiner Untersuchung über die Rechtsstellung und wirtschaftliche Funktion des Gestionskommanditisten im wesentlichen auf die Zusammenstellung von Ergebnissen, deren Richtigkeit noch im einzelnen nachzuweisen wäre. Insbesondere geht er dabei nicht näher auf die rechtliche und wirtschaftliche Gestaltung des Unterbeteiligungsvertrages ein. Insofern hat er auch die entscheidende

---

1) Schmalenbach, E.: Die Beteiligungsfinanzierung, 7. Aufl. S. 126

Frage der steuerlichen Belastung des Beteiligungswechsels unbeantwortet gelassen. Ein solcher Untergesellschaftsvertrag muß nämlich jeden möglichen Ansatz für die Annahme einer Mitunternehmerschaft ausschließen. Die an jede Personenveränderung in einem Mitunternehmerschaftsverhältnis geknüpfte Feststellung und Versteuerung von Veräußerungsgewinnen würde auch bei geschicktester Verbriefung der Beteiligung deren leichte Übertragbarkeit empfindlich hemmen.

Die Funktionsfähigkeit der fungiblen Ausgestaltung einer KG hängt also nicht allein von der vereinfachenden organisatorischen Zusammenfassung der Beteiligungen in der Hand eines Kommanditisten sowie von dem damit verbundenen Ausschluß der fünfjährigen handelsrechtlichen Forthaftung ab. Vielmehr kommt es hier entscheidend an auf die Möglichkeiten einer Verbriefung des Beteiligungsanspruches, auf die Voraussetzungen für eine Vermeidung der Mitunternehmerschaft im Rahmen der Unterbeteiligungsgesellschaft sowie auf die Aussichten auf Errichtung börsenähnlicher Institutionen.

b) Die Verbriefung von Unterbeteiligungen in leicht übertragbarer Form

1) Die Anweisung als Mittel für die Verbriefung des Anspruchs aus der Unterbeteiligung

Bei der Inhaberaktie ergeben sich die Mitgliedschaftsrechte aus dem Besitz des Wertpapieres. Ähnlich läßt sich auch die Beteiligung an einer Untergesellschaft in einer Urkunde verbriefen. Laut Gesellschaftsvertrag würde dann der Besitz der Urkunde gegebenenfalls nebst Übertragungsvermerk zur Legitimation des Berechtigten ausreichen. Eine Verbriefung des Beteiligungsanspruchs an der Untergesellschaft kann im Rahmen

einer Schuldverschreibung erfolgen, die nicht auf den Inhaber lautet. Bei Übertragungen soll hier der Name des jeweils Berechtigten in der Urkunde selbst umgeschrieben werden. Hierzu eignet sich die bürgerlich-rechtliche Anweisung[1)], wenn der Gestionskommanditist Privatmann ist oder die kaufmännische Anweisung[1)], wenn dieser Kommanditist, wie es sehr oft der Fall sein wird, Kaufmann ist. Im letzten Fall genügen Indossament und Übergabe der Urkunde zu ihrer rechtswirksamen Übertragung. Bei der bürgerlich-rechtlichen Anweisung muß an die Stelle des Indossaments dagegen noch ein schriftlicher Vertrag treten[2)].

Ähnlich wie bei der Konzeption Schmalenbachs handelt es sich hier um eine kapitalistische KG mit einem Gestionskommanditisten. Neu ist jedoch die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft, die jetzt als Ganzes bei diesem Kommanditisten unterbeteiligt ist[3)]. Sie soll einen reibungslosen Beteiligungswechsel gewährleisten. Darin liegt im wesentlichen ihr Gesellschaftszweck. Weiterhin soll sie aber noch die höchst mögliche Ausschüttung des in der KG erzielten und auf sie entfallenden Gewinnanteils an die Untergesellschafter gewährleisten.

Bei dieser Gewinnausschüttung kann aber nur der Gewinn berücksichtigt werden, über den die Unternehmung nach der Bildung betriebswirtschaftlich notwendig erscheinender Reserven noch verfügen kann. Danach dürfen an die Unterbeteiligten also keine Beträge ausgeschüttet werden, die zur Sicherung einer "leistungsäquivalenten und entwicklungsadäquaten

---

1) Rechtsgrundlagen: §§ 783; 792 Abs. 1 BGB; § 363 HGB;

2) so § 792 Abs. 1 BGB

3) ebenso Schlegelberger, F., a.a.O., S. 1342 "Die eigentlichen Kapitalgeber bilden unter sich eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts."

Substanzerhaltung"[1] erforderlich sind und daher der KG in Form von stillen Rücklagen, besser aber noch als offene Rücklagen belassen werden müssen. Ferner wird der ausschüttungsfähige Gewinn in jedem Fall noch um diejenigen Reserven gekürzt, die "in den Aktivierungsverboten bzw. Höchstwertvorschriften des § 133 AktG bedingt"[2] sind. Anders als die Aktionäre von Publikumsaktiengesellschaften haben die Unterbeteiligten aber jedenfalls eine gewisse Gewähr dafür, daß in der Kommanditgesellschaft mit Ausnahme der oben für betriebswirtschaftlich notwendig gehaltenen Rücklagenbildung sonst keine Gewinne zurückbehalten werden, die "das zur Erhaltung des Unternehmens erforderliche Maß"[3] übersteigen und beispielsweise gerade bei Aktiengesellschaften "zur Finanzierung expansiver Maßnahmen bzw. zur Umgehung einer gebotenen Kapitalerhöhung"[3] angelegt werden.

Dieser Gewinnanspruch wird den Untergesellschaftern in ihrer Anweisungsurkunde verbrieft. Zugleich repräsentiert diese Urkunde auch die Mitgliedschaft an der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft. Demnach besteht für den Träger der Anweisung, der dort namentlich bezeichnet ist, die Vermutung, daß er zugleich Gesellschafter ist.

Die hier entworfene Unternehmungsform, bestehend aus Kommanditgesellschaft, Gestionskommanditisten und Unterbeteiligungsgesellschaft hat gewisse Ähnlichkeit mit der Doppelgesellschaft. Auch hier bilden zwei Gesellschaften die rechtsorganisatorische Grundlage für ein einheitliches Unternehmen. Diese Gesellschafts-

---

1) Die Lehre von der "leistungsäquivalenten und entwicklungsadäquaten Substanz- bzw. Kapitalerhaltung" geht auf Hasenack zurück, vgl. zur Konzeption dieses Begriffs: Hasenack, W.: Die Anlagenabschreibung im Wertumlauf der Betriebe und die Sicherung der Wirtschaft, ZfB 1938, S. 139, ebenso Hasenack, W.: Buchhaltung und Abschluß, 1. Bd., Essen 1954, S. 19; im übrigen findet sich bei Eckardt, H.: Substanzerhaltung industrieller Betriebe, Dissertation, Göttingen 1962, eine ausführliche Darstellung dieser Problematik.

2) vgl. dazu Saage, G.: Die stillen Reserven im Rahmen der aktienrechtlichen Pflichtprüfung, Dissertation, Köln und Opladen 1959, S. 7

3) Saage, G., a.a.O., S. 107 f.

formen-Kombination besteht allerdings nicht aus einer Verbindung von Personen- und Kapitalgesellschaft[1], wie es ausnahmslos der Fall ist, wenn man dem gesellschaftsrechtlichen Sprachgebrauch folgend von einer Doppelgesellschaft bzw. Betriebsaufspaltung spricht. Hier bestehen vielmehr Rechtsbeziehungen zwischen einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft und einer KG. Die letztere unterscheidet sich hauptsächlich durch die Mitgliedschaft des Gestionskommanditisten von dem allgemein bekannten Gesellschaftstyp der KG. Die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft stellt ihrem Zweck nach ganz anders als eine Eigentumspersonengesellschaft auf die Förderung eines reibungslosen Mitgliederwechsels ab.

2) Rechtliche Bedenken bei der Verbriefung des Beteiligungsanspruchs in leicht übertragbarer Form

Bei der Verbriefung eines Beteiligungsanspruchs im Rahmen einer durch Indossament oder schriftlichen Vertragsabschluß übertragbaren Anweisung entstehen rechtliche Bedenken gegen die Gültigkeit dieser Gestaltung. Nach bürgerlichem Recht und Handelsrecht weist nämlich 'jemand' in der Anweisungsurkunde einen 'anderen' (den Gestionskommanditisten) an, "Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen an einen 'Dritten' zu leisten"[2]. In der Urkunde können also nach dem Gesetz nur "Geld" oder "vertretbare Sachen"

1) Üblicherweise lassen sich bei Doppelgesellschaften folgende Kombinationen aufstellen:
   a) als Eigentumspersonengesellschaft und Betriebskapitalgesellschaft oder
   b) das Stammunternehmen in der Rechtsform der Personengesellschaft und Vertriebskapitalgesellschaft oder
   c) die umgekehrte Kombination von b)

2) gem. § 783 BGB

verbrieft werden. Mit dieser Bestimmung steht offenbar nicht die Verbriefung eines Beteiligungsanspruchs in Einklang. Hier handelt es sich um ein Recht, also weder um Geld noch um eine vertretbare Sache.

Jedoch besagt die Rechtsprechung des Reichsgerichts[1], daß auch auf diesem Gebiet des Schuld- und Handelsrechts Vertragsfreiheit herrscht. Eine Anweisung, in der Rechte verbrieft werden, ist damit ebenfalls gültig. Allerdings wären nach dieser Rechtsprechung die im bürgerlichen Recht und Handelsrecht allein für den dort vorgesehenen Normtyp der Anweisung geschaffenen Verkehrserleichterungen in Gestalt von Annahme und Übertragung wirkungslos[2]. Die Annahme einer auf einen anderen Gegenstand (weder Geld, Wertpapiere noch sonstige vertretbare Sachen) gerichteten Anweisung muß dann in eine selbständige Verpflichtung umgedeutet werden, die in ähnlicher Form wie das Schuldversprechen oder die Schuldanerkenntnis Rechtskraft erlangt[3].

Der verbriefte Beteiligungsanspruch ist allerdings ein Recht, welches in einer festen Geldsumme ausgedrückt werden kann. Solange kein Mitunternehmerschaftsverhältnis bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft im Verhältnis zur KG entsteht, wird auch der Auszahlungsanspruch dem Nennwert der Beteiligung entsprechen. Insofern kann die Anweisung, die den Anspruch aus dem Unterbeteiligungsverhältnis verkörpert, einen genau bezifferten Geldbetrag enthalten, der der Höhe der Nominal- und zugleich Effektivbeteiligung entspricht. Damit ist die Annäherung an die bürgerlichrechtlichen und handelsrechtlichen Vorschriften wieder

---

1) RG 101, 299

2) Kommentar zum BGB, herausgegeb. v. Reichsgerichtsräten u. Bundesrichtern, Berlin 1954, § 783 BGB S. 605

3) Rechtsgrundlage: §§ 780; 781 BGB u. § 350 HGB

hergestellt, wonach eine Anweisung allein auf Geld, Wertpapiere oder andere vertretbare Sachen lauten soll. Soweit sich also der Beteiligungsanspruch in diesem Papier in Form einer festen Geldsumme bemessen und verbriefen läßt, können sich die Vorzüge der gesetzlich geregelten Verkehrserleichterungen voll auswirken.

3. Die Verkehrsfähigkeit der Unterbeteiligung in Abhängigkeit vom Zeitpunkt der Annahme der Anweisung

Die beim Gestionskommanditisten unterbeteiligte bürgerlich-rechtliche Gesellschaft dient einer möglichst reibungslosen Übertragung der einzelnen Unterbeteiligungen im Wege der Anweisung. Diese Vorgänge dürfen das Kommanditkapital nicht berühren. Dieses muß vielmehr als Garantiefonds für Gesellschaftsgläubiger in derselben Höhe erhalten bleiben, in der es im Handelsregister eingetragen wurde. Die Veräußerungen von Unterbeteiligungen durch Übertragung ihres Geldwertes mit Hilfe der Anweisung bietet jedoch keine volle Gewähr dafür, daß nicht doch ein Durchgriff auf das Kommanditkapital erfolgen könnte. Der Schutz des Kommanditkapitals vor Auszahlungsansprüchen hängt nämlich auch von dem Zeitpunkt der Annahme der Anweisung ab.

So kann die Anweisung bereits vor ihrer Annahme übertragen werden. In einem solchen Fall, verbleibt dem Erwerber der Unterbeteiligung jedoch nur eine Einziehungsermächtigung[1], auf deren Grundlage er die

1) So gem. § 784 Abs. 1 BGB, dazu Palandt, O., BGB, 9. Auflage München und Berlin 1951, S. 736
"Die Anweisung allein gewährt dem Angewiesenen lediglich die Befugnis, an den Empfänger zu leisten. Ein Zwang zur Leistung besteht für ihn nicht, selbst dann nicht, wenn er Schuldner des Anweisenden ist. Erst durch die Annahme der Anweisung seitens des Angewiesenen wird dieser zur Leistung verpflichtet. Durch die Annahme wird eine selbständige Verpflichtung des Angewiesenen geschaffen die von den vorhandenen Grundschuldgeschäften vollkommen losgelöst ist. (vgl. RG, 144, 137;)"

Auszahlung der Beteiligungssumme von dem Gestionskommanditisten nicht erzwingen kann. Eine solche Anweisung ohne die Annahmebestätigung des Gestionskommanditisten ist jedoch in ihrer Verkehrsfähigkeit äußerst beschränkt, da sie dem Erwerber nur einen bedingten[1] Auszahlungsanspruch in Höhe des Beteiligungsrechts gewährt.

Erfolgt jedoch die Übertragung der Anweisung durch den Anweisungsempfänger, nachdem der Angewiesene sie angenommen hat, so erhält der Erwerber mit der Einziehungsermächtigung zugleich die in der Urkunde verbriefte Forderung des Anweisungsempfängers gegen den Angewiesenen (Gestionskommanditisten). Die Annahme der Anweisung begründet zugunsten ihres Inhabers und aller späteren Erwerber eine "selbständige Verpflichtung[2]" des Angewiesenen, die mit der Strenge des Wechselrechts ausgestattet ist. Daher kann der Angewiesene nach der Annahme die Zahlung nicht mehr unter Hinweis auf andere, noch nicht erloschene Gegenforderungen gegen den Anweisungsempfänger ablehnen. Auf eine derartige "selbständige Verpflichtung" haben sonst noch bestehende Schuldverhältnisse zwischen Angewiesenem und Anweisungsempfänger zunächst keinerlei Einfluß.

Damit bildet die Annahme der Anweisung eine wesentliche Grundlage für die gesteigerte Verkehrsfähigkeit der Unterbeteiligung. Allerdings hängt der Schutz des Gestionskommanditisten vor einer plötzlich geforderten Kapitalrückzahlung letztlich von der Gestaltung des Kündigungsrechts in der Unterbeteiligungsgesellschaft ab.

---

1) Bedingung ist die Kündigung. Der Auszahlungsanspruch kann vor Annahme der Anweisung nur im Wege einer Kündigung der Beteiligung realisiert werden.

2) vgl. hier Anm. 1, S. 154

4) Die Möglichkeit einer vertraglichen Verpflichtung zur Übertragung der Unterbeteiligung anstelle ihrer Kündigung

aa. Die Verbindung wirtschaftlicher Vorteile für den Unterbeteiligten mit einem Ausschluß des Kündigungsrechts

Der Gesellschaftsvertrag der bürgerlich-rechtlichen Unterbeteiligungsgesellschaft muß neben den Bestimmungen über die Gewinnverteilung auch den Übergang der Mitgliedschaftsrechte regeln. So kann der Beteiligungswechsel im Wege einer Art Gesamtrechtsnachfolge vollzogen werden, wie sie in ähnlicher Weise zur Fortsetzung von Personengesellschaften mit den Erben des verstorbenen Gesellschafters vereinbart wird. Danach soll jeder Gesellschafter berechtigt sein, seine Mitgliedschaft auf einen anderen durch Verfügung unter Lebenden zu übertragen[1].

1) Dieser Weg wird von Lehmann, H., a.a.O., S. 85 vorgeschlagen, dort als Rechtsgrundlage zitiert: RG 92, 165; 128, 176;
Bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts wird die vertraglich vereinbarte Übertragbarkeit der Beteiligung, ohne daß dabei der Gesellschaftsvertrag gelöst und neu geschlossen wird, heute allgemein anerkannt. (so: Haupt, G.: Gesellschaftsrecht 4. Aufl. Tübingen 1952, S. 41; v. Gierke, J., a.a.O., S. 145; Lehmann, H., a.a.O., S. 118; Würdinger, H.: Recht der Personengesellschaften, S. 69)
Dagegen hat Haupt, G., a.a.O., S. 69 bei den Personengesellschaften Bedenken gegen das Recht des einzelnen Gesellschafters, seine Mitgliedschaft auf bisher Außenstehende zu übertragen. OHG und KG seien ihrem Wesen nach auf engstem persönlichem Vertrauen der einzelnen Mitglieder zueinander aufgebaut. Daher könnten neue Gesellschafter nur mit Zustimmung aller alten Gesellschafter aufgenommen werden.
Diese Bedenken scheiden aber bei der Übertragung von Unterbeteiligungen aus. Das wirtschaftliche Ergebnis ist hier zwar dem Mitgliedschaftswechsel unter Kommanditisten sehr ähnlich. Im letzten Fall vollzieht sich der Gesellschafterwechsel aber im Bereich der Unterbeteiligungen, von wo aus auf die Geschäftsführung in der KG kein Einfluß ausgeübt wird.

Zum Schutz vor Auszahlungsansprüchen der unterbeteiligten Gesellschafter gegen die KG sind besondere Vereinbarungen notwendig. Das Recht der Unterbeteiligten, ihre Einlagen beim Gestionskommanditisten zu kündigen, muß vertraglich ausgeschlossen oder zumindest erheblich eingeschränkt werden. Als Ersatz für das Kündigungsrecht bietet man ihnen günstige Voraussetzungen zur Übertragung ihrer Gesellschaftsrechte an Dritte im Wege der oben behandelten Verbriefung des Beteiligungsanspruches. Diese Abrede muß in den Vertrag der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft aufgenommen werden. Jeder Drittérwerber der Anweisung soll sich schließlich als neuer Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch mit diesem Punkt des Gesellschaftsvertrags einverstanden erklären.

Die vom Gestionskommanditisten angenommene Anweisung versetzt den Unterbeteiligten zwar in die Lage, möglicherweise doch auf die Erfüllung des Auszahlungsanspruches zu dringen. Eine schuldrechtliche Nebenvereinbarung wie hier der Ausschluß des Kündigungsrechts im Gesellschaftsvertrag kann nämlich die rechtliche Wirksamkeit einer Anweisung nicht berühren. Nach der Einziehung des in der Anweisung verbrieften Betrags durch den Unterbeteiligten würde dann aber dem Gestionskommanditisten ein Rückforderungsanspruch in gleicher Höhe gegen den Unterbeteiligten zuwachsen. Damit ließe sich schließlich das einmal eingezahlte Kommanditkapital gegen etwa eingeforderte Rückzahlungen absichern.

Kein Kapitalgeber würde sich vermutlich zur Übernahme einer Unterbeteiligung, bei der das Kündigungsrecht ausgeschlossen ist, bereit erklären, wenn man ihm nicht statt dessen wirtschaftliche Vorzüge von einigem Gewicht gewähren könnte. So besteht der

Hauptvorteil für den Unterbeteiligten in der ihm vertraglich garantierten höchst-möglichen Gewinnausschüttung an ihn. Mit der Vermeidung der Mitunternehmerschaft bei der bürgerlich-rechtlichen Unterbeteiligungsgesellschaft ließe sich die Bildung stiller Reserven ohnehin nicht vereinbaren, da der Untergesellschafter daran nicht vermögensmäßig beteiligt sein könnte. Eine Ausnahme würde der Firmenwert bilden, der nicht mit dem laufenden Gewinn ausgeschüttet wird. Im übrigen könnte bei der Übertragung der Anweisungsurkunde der darin bezeichnete Geldbetrag mit dem entsprechenden Anteil am Kapitalkonto der KG übereinstimmen. Darüber hinaus kann auch für das Anweisungspapier eine Kursbildung stattfinden. Diese Kurse bestimmen sich allgemein nach dem verbrieften Gewinnanspruch und der Einschätzung der Ertragsaussichten der Gesellschaft von Seiten der Interessentenkreise.

Ein weiterhin wichtiges Kriterium für die Verkehrsfähigkeit der Anweisung liegt dabei noch in der Möglichkeit, daß etwa entstandene Kursgewinne steuerfrei realisiert werden können, wenn zwischen Ankauf und Verkauf eine Zeitspanne von mehr als sechs

Monaten liegt[1]. Dies ergibt sich wiederum aus der Vermeidung der Mitunternehmerschaft in der Unterbeteiligungsgesellschaft.

bb. Die Zulässigkeit einer nicht kündbaren Beteiligung an Gesamthandgemeinschaften

Vereinbarungen, durch welche das ordentliche Kündigungsrecht bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts ausgeschlossen oder in unzulässiger Weise beschränkt wird, sind nach § 723 Abs. 3 BGB nichtig. Deshalb ist es zweifelhaft, ob zur Sicherung des Kommanditkapitals das Kündigungsrecht der Unterbeteiligten ausgeschlossen oder eingeschränkt werden darf. Die vorgenannte Gesetzesbestimmung ist zwingender Natur und gilt ebenso für die OHG und KG[2]. Da besonders

1) Wird die Beteiligung im Privatvermögen gehalten, so sind Kursgewinne, die bei der Veräußerung erzielt werden, nach Überschreiten der Sechs-Monatsfrist des § 23 Abs. 1 Ziff. 1a EStG steuerfrei. Beteiligungen, die innerhalb dieser Frist veräußert werden, sind bei Kursdifferenzen als sonstige Einkünfte steuerpflichtig. Verluste die dabei entstanden sind, können bis zur Höhe von anderen Spekulationsgewinnen, die der Veräußerer im gleichen Kalenderjahr erzielt hat, ausgeglichen werden. Auch sieht § 23 Abs. 4 EStG für einen Gesamtgewinn aus Spekulationsgeschäften von insgesamt weniger als 1.000.--DM im Kalenderjahr eine Freigrenze in gleicher Höhe vor.

Die laufenden Gewinne aus den Unterbeteiligungen werden, soweit es sich um Privatvermögen handelt, nach § 20 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen besteuert. Ein Überschuß der Werbungskosten über die Einnahmen, wobei ein ausgleichsfähiger Verlust (negative Einkunft) im Sinne des § 2 Abs. 2 EStG entstehen würde, ist hier kaum denkbar, da schon Wertverluste am Stammrecht nicht als Werbungskosten angesehen werden können. (s. BFH 15. 9.1961, BStBl. III, S. 547)
Gehören die Unterbeteiligungen zu einem Betriebsvermögen, so sind laufende Gewinne sowie Veräußerungsgewinne oder -Verluste im Rahmen der Gewinnfeststellung nach den §§ 15, 16 EStG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb zu versteuern.

2) vgl. hierzu: Schlegelberger - Geßler-Hefermehl, Kommentar zum HGB, 3. Aufl., 2. Band, Berlin und Frankfurt 1955, S. 992 ff. (zu § 132 HGB)

das Kündigungsrecht häufig Anlaß zum Streit unter Personengesellschaftern bietet, enthalten Rechtsprechung und Schrifttum bereits Urteile und Auslegungen zu diesen Fragen.

So hat das Reichsgericht[1] zwar den zwingenden Charakter der bürgerlich-rechtlichen und handelsrechtlichen Kündigungsvorschrift bestätigt. Es unterschied aber im Rechtsstreit einer OHG zwischen persönlicher und vermögensrechtlicher Bindung der Gesellschafter.

Danach hielt das Reichsgericht zumindest die lebenslängliche persönliche Bindung des Gesellschafters an eine Personengesellschaft oder an eine bürgerlichrechtliche Gesellschaft für unzulässig. Der Gesellschafter habe immer das Recht, sich unter Berücksichtigung der gesetzlichen[2] oder vertraglich nicht zu lange vereinbarten Kündigungsfrist von den Bindungen des Gesellschaftsvertrages zu lösen[3]. Für die zutreffende Beurteilung von vertraglichen Bindungen des Gesellschafters an die Gesellschaft muß vor allem das von ihm mitgetragene Haftungsrisiko berücksichtigt werden. Bei der Auslegung des gesetzlichen und vertraglichen Kündigungsrechts hat diese Erkenntnis für die Rechtsprechung den Ausschlag gegeben. Deshalb ist auch nach Auffassung des Reichsgerichts den Gesellschaftern die lebenslängliche persönliche Bindung an Gesamthandgemeinschaften nicht zuzumuten.

Anders beurteilt das Reichsgericht eine dauernde vermögensrechtliche Bindung des Gesellschafters an

---

1) RG 156, 129;

2) §§ 161 Abs. 2; 132 HGB; § 723 BGB

3) vgl. auch Baumbach-Duden, Kurzkommentar zum HGB, 13. Aufl. München und Berlin 1959, Anm. 1 zu § 132 HGB, S. 366

die Gesellschaft. Unter der Voraussetzung, daß sich der Gesellschafter von seinen persönlichen Verpflichtungen aus dem Vertragsverhältnis trennen kann, stimmt es einer zeitlich unbegrenzten vermögensmäßigen Bindung zu.

Der Fall, wonach persönliche und vermögensmäßige Bindung des Gesellschafters auseinanderfallen können, ist denkbar: In den Gesellschaftsvertrag wird beispielsweise die Bestimmung aufgenommen, daß bei Auflösung der Personengesellschaft die Gesellschafter verpflichtet sein sollen, ihr Betriebsvermögen in eine Kapitalgesellschaft einzubringen[1]. Das Reichsgericht sieht darin nichts anderes als eine "Auseinandersetzungsvereinbarung", gegen die nichts einzuwenden sei. Mit der Kündigung der bürgerlichrechtlichen Gesellschaft oder der Personengesellschaft löst sich nämlich der Gesellschafter von seiner persönlichen Bindung. Das Risiko der unbeschränkten solidarischen Haftung, die das Gesetz zumindest bei Personengesellschaften konsequent mit der Eigenverantwortlichkeit koppelt, läuft damit für ihn aus[2]. Vermögensrechtlich bleibt er jedoch insofern gebunden, als seine Beteiligung, die er in eine Kapitalgesellschaft einbringen muß, dort nicht gekündigt werden kann.

Im Schrifttum wird diese doppeldeutige Auslegung des Reichsgerichts kritisiert[3]. Nach Schlegelberger

---

1) RG 156, 129;

2) Die Haftungsverpflichtungen aus dem alten Gesellschaftsverhältnis können - wie bereits bemerkt - erst 5 Jahre nach Wirksamwerden der Kündigung vollends erlöschen.

3) Barz, C.-H., Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personengesellschaften, JW 1938, S. 490; Schlegelberger, F., HGB, 4. Aufl. Berlin und Frankfurt 1963, S. 1173, Anm. 17 zu § 132 HGB mit weiteren Quellenangaben

läßt sich ein im Gesellschaftsvertrag getroffener Ausschluß des Kündigungsrechts nicht in eine zulässige, dauernde vermögensrechtliche Bindung einerseits und eine verbotene, lebenslängliche persönliche Bindung andererseits aufspalten. Das Reichsgericht habe überdies die Vertragsbestimmung, wonach ein ausscheidender Gesellschafter sein Abfindungsguthaben in eine Kapitalgesellschaft einlegen muß, zu Unrecht als unbedenkliche "Auseinandersetzungsvereinbarung" ausgelegt. In ihrer Wirkung müsse nämlich eine solche Abrede den Gesellschafter von seinem Kündigungsvorhaben abhalten. Ein Gesellschafter, der das Recht habe, die OHG zu kündigen und aus der persönlichen Bindung auszuscheiden, habe aber gleichfalls Anspruch auf freie Verfügung über sein Auseinandersetzungsguthaben. So sieht Schlegelberger grundsätzlich in jeder Bestimmung des Gesellschaftsvertrages, die in ihrer Wirkung zu einer "ewigen OHG" führen könnte, einen Ausschluß des Kündigungsrechts. Zwar dürfe der Gesellschaftsvertrag für eine bestimmte Zeit von 1 - 2 Jahren die Kündigung untersagen. Ein länger wirkendes Kündigungsverbot sei jedoch bedenklich oder sogar als von Anfang an unzulässig abzulehnen.

Das Schrifttum lehnt gerade deshalb die Auffassung des Reichsgerichts ab, weil die gesetzliche Verbots- bzw. Nichtigkeitsbestimmung[1)] eindeutig abgefaßt ist. Aus den Gesetzesnormen ist wenigstens zu erkennen, daß das Kündigungsrecht auch nur mittelbar ausgeschlossen oder beschränkt werden darf. Wenn das Gesetz eine lebenslängliche Bindung ablehnt, muß sich dieses Verbot dem Wortlaut nach sowohl auf die persönliche als auch auf die vermögensrechtliche Seite dieser Bindung beziehen.

---

1) Rechtsgrundlage: §§ 723 Abs.3 BGB; 1o5 Abs.2 HGB

cc. Die Anwendung der in Gesetz, Rechtsprechung und Schrifttum entwickelten Grundsätze des Kündigungsrechts auf den Fall der Unterbeteiligung beim Gestionskommanditisten

Die in Gesetz, Rechtsprechung und Schrifttum enthaltenen Grundsätze des Kündigungsrechts müssen auch für die Unterbeteiligten gelten, da diese untereinander eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft bilden. Für die Anweisung läßt sich der Anspruch des Dritterwerbers gegen den Gestionskommanditisten zwar dadurch ausschließen, daß letzterer die Anweisung nicht annimmt[1]. Hier kann der Dritterwerber dann aber seinen Anspruch aus dem Beteiligungsrecht gegen den Gestionskommanditisten im Wege der Kündigung durchsetzen. Eine Vereinbarung, durch die dieses Kündigungsrecht ausgeschlossen wird, ist auch hier nach dem Wortlaut des § 723 Abs. 3 BGB nichtig[2].

Diese Auslegung muß jedenfalls formell gelten, weil die Unterbeteiligungsgesellschaft eine bürgerlich-rechtliche Gesellschaft ist, bei der dem Wortlaut des Gesetzes nach das Kündigungsrecht weder unmittelbar noch mittelbar beschränkt oder ausgeschlossen werden darf. Eine solche streng formal-juristische Auffassung könnte schließlich den Zweck gefährden, dem die Unterbeteiligungsgesellschaft dienen soll. Nur bei flexibler Auslegung des Kündigungsrechts kann der Vorteil fungibler Beteiligungen allen Gesellschaftern zugute kommen. So neigte das Reichs-

1) gem. § 784 BGB

2) Die Nichtigkeit erstreckt sich nicht auf den ganzen Gesellschaftsvertrag. Dieser ist vielmehr dahin umzudeuten, daß die Gesellschaft als auf unbestimmte Zeit eingegangen anzusehen ist. So Simon, J., Gesellschaftsrechtliche Bindungen auf Lebenszeit?, B 1961, S. 1682

gericht entgegen dem Wortlaut des Gesetzes zu einer wirtschaftlichen Betrachtung, indem es die Bindung des Gesellschafters in eine persönliche und eine vermögensmäßige aufspaltete und dann diese vermögensmäßige Bindung der freien Regelung des Gesellschaftsvertrages überließ.

In der bürgerlich-rechtlichen Unterbeteiligungsgesellschaft treffen zwei Interessenlagen zusammen. Sie sollen dort im Rahmen einer gemeinsamen Zwecksetzung zum Ausgleich gebracht werden.

Einerseits sehen die Kommanditisten[1] in dieser Gesellschaft eine geeignete Möglichkeit, um mit Hilfe von mobilisierbaren Unterbeteiligungen den Kapitalbedarf ihrer KG zu decken. Zumindest soll durch ein Ausscheiden von unterbeteiligten Gesellschaftern die bisher gebildete Kapitaldecke nicht geschwächt werden. Andererseits kommt naturgemäß derselbe Vorteil gleichzeitig auch den Unterbeteiligten zugute. Sie erhalten eine im Verhältnis zu anderen Gesellschaften hohe Ausschüttung des in der KG erzielten Gewinns, soweit dieser auf ihre Unterbeteiligung entfällt. Dabei steht dem Gestionskommanditisten gleichermaßen als Vermittlungsorgan zwischen KG und bürgerlich-rechtlicher Gesellschaft ein Kontrollrecht zu. Er soll vor allem darüber wachen, daß über ein objektiv betriebsnotwendiges Maß[2] hinaus keine Reserven in der KG gelegt werden.

Die bürgerlich-rechtliche Unterbeteiligungsgesellschaft kennt keine Gesellschaftsschulden gegenüber Außenstehenden. Deshalb ist die Übernahme einer un-

---

1) Der Gestionskommanditist sowie die übrigen Kommanditisten

2) vgl. dazu S. 150 f.

beschränkten persönlichen Haftung hier für den Unterbeteiligten verhältnismäßig ungefährlich. Dieses Risiko ist zumindest geringer als bei einer bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft, die auf produktions- oder absatzwirtschaftliche Zwecke ausgerichtet ist. Die mögliche Haftung eines Unterbeteiligten läßt sich überdies bei der nur auf Gewinnausschüttung ausgerichteten Gesellschaft bürgerlichen Rechts genau abschätzen. Eine Inanspruchnahme kann allerdings wegen der unmittelbaren solidarischen Haftung der Untergesellschafter den Anteil des Einzelnen erheblich übersteigen. Dies läßt sich jedoch verhüten, wenn der Kommanditanteil des Gestionskommanditisten voll einbezahlt bleibt.

Persönlich kann sich der Unterbeteiligte jederzeit durch Verkauf seiner Anteilsrechte von der Gesellschaft lösen. Die Trennung wird sogar dadurch erleichtert, daß man sich bemüht, börsenähnliche Institutionen ins Leben zu rufen, die der Kursbildung dienen sollen und damit zugleich die Übertragung der Unterbeteiligung fördern können. Vermögensmäßig bindet den Unterbeteiligten höchstens die ursprünglich geleistete Kapitaleinlage, die der KG nicht mehr entzogen werden soll. Demgegenüber war die vermögensrechtliche Verpflichtung, die das Reichsgericht noch gebilligt hatte, doch so intensiv, daß man darin mittelbar auch eine persönliche Bindung sehen konnte. Das hatte das Schrifttum auch zur Äußerung von Zweifeln an der heute noch gültigen Auffassung des Reichsgerichts bewogen. Tatsächlich trennt sich der Unterbeteiligungsgesellschafter hier jedoch endgültig von allen vermögensrechtlichen und persönlichen Beziehungen zur KG, wenn er seine Beteiligung an einen Dritterwerber verkauft.

Bürgerliches Recht und Handelsrecht sehen bei Personengesellschaften im Kündigungsverfahren den üblichen Weg für die Wiederherstellung der freien Verfügung über den Vermögensanteil des einzelnen Gesellschafters. Zu dem gleichen Ergebnis führt allerdings auch die Abtretung und Übertragung der Anweisung, in der der Unterbeteiligungsanspruch verbrieft ist. Da das Reichsgericht sogar den wesentlich zweifelhafteren Fall einer letztlich doch noch mittelbar fortbestehenden persönlichen Bindung des Gesellschafters gebilligt hat, können Bedenken [1] gegen die Zulässigkeit des Kündigungsverbotes bei fungibel ausgestalteten und somit jederzeit veräußerlichen Unterbeteiligungen nicht allzu schwer wiegen.

Ein möglicherweise unzulässiger Zusammenhang von persönlicher und vermögensmäßiger Bindung des Unterbeteiligten kann sich jedoch dann ergeben, wenn die Errichtung börsenähnlicher Institutionen undurchführbar wäre[2]. Dem unterbeteiligten Gesellschafter verblieben dann zwar noch die Sondervorteile einer hohen Gewinnausschüttung. Er würde aber, wenn er

---

1) z.B. Schlegelberger, F., a.a.O., S.1172: "Der Ausschluß des Kündigungsrechts ist auch dann unzulässig, wenn den Gesellschaftern dafür das Recht gewährt worden ist, ihre Mitgliedschaft auf andere zu übertragen. Das Kündigungsrecht kann dagegen ausgeschlossen werden, wenn den Gesellschaftern das Recht eingeräumt worden ist, anstelle der Kündigung die Übernahme ihres Kapitalanteils von der Gesellschaft oder den übrigen Gesellschaftern verlangen zu können".

2) Nach Simon, J., B 1961, S.1682 läßt sich die Beschränkung des Kündigungsrechts auch nicht damit rechtfertigen, "daß im Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit der Geschäftsanteile zugelassen wird." Die Gesellschafter hätten damit höchstens theoretisch die Möglichkeit, aus der Gesellschaft auszuscheiden. Es lasse sich nämlich nicht immer ein Nachfolger finden, der bereit sei, die Beteiligung des Ausscheidenden zu übernehmen.

sich trotzdem von seiner Beteiligung lösen wollte, nicht allzu schnell einen Dritterwerber finden, der mit einer Vermögenseinlage an seine Stelle einspringen könnte.

Die voll erwiesene Funktionsunfähigkeit börsenähnlicher Institutionen in Verbindung mit einem vertraglich ausgeschlossenen Kündigungsrecht, legt die Annahme einer unstatthaften Bindung des Gesellschafters nahe. Den gegen das Urteil des Reichsgerichts erhobenen Einwendungen kommt damit wieder entscheidende Bedeutung zu. Der Gesellschaftsvertrag muß also für einen solchen Fall das Kündigungsrecht des Gesellschafters wieder aufleben lassen, um nicht eine nichtige[1)] Bestimmung zu enthalten.

Im Schrifttum erkennt man den Ausschluß oder die Beschränkung des ordentlichen Kündigungsrechts nur dann an, wenn dem Gesellschafter "für den Rechtsnachteil, den er in Kauf nehmen muß, ein entsprechender Vorteil gewährt wird"[2)]. Daher ist gegen den Ausschluß des Kündigungsrechts nichts einzuwenden, wenn die Gesellschafter anstelle einer Kündigung die Übernahme der Beteiligung vom Gestionskommanditisten verlangen können[3)]. Dieses Recht wird man den Unterbeteiligungsgesellschaftern zumindest als sekundäre Garantie für ein Ausscheiden aus dem Gesellschaftsverhältnis zubilligen müssen. Primär wird man sie

---

1) Die von den §§ 723 Abs. 3 BGB und 138 HGB ausgesprochene Rechtsfolge der Nichtigkeit wird heute allgemein in eine auf unbestimmte Zeit eingegangene Gesellschaft umgedeutet, die unter Einhaltung der gesetzlichen Kündigungsfrist jederzeit gekündigt werden kann. So Weipert, O., a.a.O., Anm. 2 zu § 134 HGB

2) Schlegelberger, F., a.a.O., S. 1173; vgl. auch: Ritter, K.: Kommentar zum HGB, 2. Aufl. 1931, Anm. 50 zu § 132 HGB; Simon, J., B 1961, S. 1682

3) vgl. Schlegelberger, F., a.a.O., S. 1172; ähnlich auch Barz. C.-H., JW 1938, S. 490

aber auf die Möglichkeit verweisen können, sich bei der Veräußerung ihrer Beteiligung der börsenähnlichen Institution zu bedienen, solange diese nachweislich funktionsfähig ist.

c) Die Vermeidung der Mitunternehmerschaft bei der bürgerlich-rechtlichen Unterbeteiligungsgesellschaft

1) Personengesellschaften und "andere" Gesellschaften als Mitunternehmerschaften im steuerlichen Sinn

Bei einer Personengesellschaft wird der Gesellschafterwechsel in der Regel erheblich höher besteuert als bei einer Kapitalgesellschaft, bei der die Kapitalseigner ihre Anteile im Privatvermögen halten und nach Ablauf von mindestens sechs Monaten seit der Anschaffung wieder verkaufen[1]. Grundsätzlich unterliegen auch die laufenden Gewinnanteile von Personengesellschaftern der Einkommensteuer[2]. Hier bestehen Berührungspunkte zwischen Einkommensteuer- und Gewerbesteuerrecht. Um nämlich zur Besteuerungsgrundlage für den Gewerbeertrag zu kommen, geht das Gewerbesteuerrecht von dem bei der Personengesellschaft ermittelten Gewinn aus Gewerbebetrieb aus[3]. Bei "anderen"[4] Gesellschaften hängt die Art der Einkommensbesteuerung oder die Entstehung der Gewerbesteuerpflicht der Gesellschaft jedoch davon ab, ob die Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen sind.

---

1 Vgl. S.169 Anm.1; Hier darf es sich ebenfalls nicht um eine wesentliche Beteiligung handeln.

2 Gem.§ 15 Ziff. 2 EStG;

3 Vgl.§§ 9 Abs.1 und 7 GewStG;

4 Zu der Wortlaut der §§ 15 Ziff. 2 EStG u.2 Abs.2 Ziff.1 GewStG.

In der Gewerbesteuer muß die zur Entstehung der Steuerpflicht notwendige Voraussetzung der Mitunternehmerschaft sogar bei allen Personengesellschaftern erfüllt sein: "Es muß deshalb bei den Personengesellschaften ein Gewerbebetrieb im Sinn des § 2 Abs.1 GewStG gegeben sein ..... Eine OHG. die ausschließlich Land- und Forstwirtschaft betreibt, ist nicht gewerbesteuerpflichtig, die Gesellschafter können nicht als Unternehmer eines Gewerbebetriebes angesehen werden[1)]". Desselbe gilt auch bei einer KG, die keinen Gewerbebetrieb im Sinne des § 1 Abs.1 GewStDV betreibt. Sie ist also bei Vermeidung der Mitunternehmerschaft nicht gewerbesteuerpflichtig. Die Einkommensteuerpflicht entsteht allerdings immer, weil dafür entscheidend ist, daß ein inländischer Gesellschafter (natürliche Person) Gewinnanteile aus einer KG bezieht. Dies gilt selbst, wenn die KG keinen Gewerbebetrieb im Sinne des § 1 Abs. 1 GewStDV betreiben würde.

Die Vermeidung der Gewerbesteuerpflicht bei der aus einer Umwandlung hervorgegangenen KG, die keinen Gewerbebetrieb mehr fortführt, hat lediglich theoretische Bedeutung. Die Umwandlung der Rechtsform, nämlich von einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft berührt in der Regel das Betriebsgeschehen der Unternehmung nicht unmittelbar. Mittelbare Einflüsse können allerdings insofern von der Umwandlung ausgehen, als durch Einsparung von früher durch eine unzweckmäßige Gesellschaftsform verursachten Aufwendungen von nun an das Betriebsergebnis verbessert wird. Es ist jedoch kaum denkbar, daß die aus einer Kapitalgesellschaft hervorge-

---

1) So wörtlich: Abschn. 16, Abs. 2 GewStR und als Rechtsgrundlage § 1 Abs. 1 GewStDV

gangene Personengesellschaft ihren Gewerbebetrieb aufgibt. Auf das Vorliegen eines solchen Gewerbebetriebes bei der KG deuten allein schon die übertragbar ausgestalteten Beteiligungen hin, mit deren Hilfe der Unternehmung das zu ihrer finanziellen Sicherung notwendige Eigenkapital zugeführt werden soll.

2) Die bürgerlich-rechtliche Unterbeteiligungsgesellschaft als Mitunternehmerschaft im steuerlichen Sinn?

Im Gegensatz zur KG, die mit Hilfe ihres Gewerbebetriebs die Erwirtschaftung von Gewinnen verfolgt, die als neues Kapital für die Unternehmung nicht in vollem Umfang an die Kommanditisten ausgeschüttet werden sollen, wird in der Unterbeteiligungsgesellschaft der auf den Gestionskommanditisten entfallende Gewinn auf die unterbeteiligten Gesellschafter verteilt. Darüber hinaus will diese Gesellschaft kraft ihrer Organisation eine reibungslose Übertragung ihrer Anteile unter den Unterbeteiligten oder an neu hinzukommende Dritte gewährleisten. Diese beiden Funktionen, die zugleich den einheitlichen Gesellschaftszweck der Unterbeteiligungsgesellschaft bilden, reichen allein noch nicht zur Annahme eines Gewerbebetriebs aus.

Eine Gewerbesteuerpflicht der Unterbeteiligungsgesellschaft müßte nämlich bereits die Verwirklichung des Gesellschaftszweckes in Frage stellen. Zudem würde die jeweils erforderliche Ermittlung und Versteuerung der laufenden Gewinnanteile sowie der Veräußerungsgewinne aus Anteilsübertragungen, abgesehen von der hohen finanziellen Belastung, schon verfahrenstechnisch zu umständlich werden. Die Entscheidung darüber, wie eine derartige Unterbeteiligungsgesellschaft steuerlich behandelt wird, hängt letztlich

davon ab, ob diese Rechtsgestaltung als Mitunternehmerschaft anzusehen ist. Als solche wird sie nach den für die OHG und KG geltenden Grundsätzen zur Besteuerung herangezogen. Andernfalls wird sie steuerlich wie eine typische stille Gesellschaft bzw. ein Gläubigerverhältnis behandelt. Nur im letzten Fall besteht Aussicht darauf, daß das Ziel der Unterbeteiligungsgesellschaft auch verwirklicht werden kann.

Den Begriff der Mitunternehmerschaft verwendet das Steuerrecht im Einkommensteuergesetz (§ 15 Ziff. 2 EStG), im Gewerbesteuergesetz (§§ 2 Abs. 2 Ziff. 1; § 8 Ziff. 8; § 9 Ziff. 2 GewStG) und im Bewertungsgesetz (§§ 56 Abs. 1 Ziff. 7; § 67 Ziff. 3 BewG). Hier handelt es sich um ein typisches Rechtsinstitut des Steuerrechts, das auf dem Gebiet des Zivilrechts keine Parallele hat[1]. Die erwähnten Steuergesetze enthalten keine Definition dieses Begriffs. In Abschn. 16 Abs. 3 GewStR 1960 werden lediglich einzelne Beispiele für Mitunternehmerschaften aufgezählt. Danach kann eine Mitunternehmerschaft auch vorliegen, wenn eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Erreichung des gemeinsamen Zweckes eine gewerbliche Tätigkeit ausübt.

Das Gesetz selbst macht das Bestehen der Mitunternehmerschaft von der Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit im Rahmen einer Gesellschaft abhängig. Darüber hinaus trägt das Rechtsinstitut der Mitunternehmerschaft aber noch weitere typische Merkmale. Diese Voraussetzungen haben Reichsfinanzhof und Bun-

---

1) So Bopp, G.: Die Unterbeteiligung an gewerblichen Betrieben im Steuerrecht, 2. Aufl. Düsseldorf 1956 S. 43; dort zitiert: RFH v. 16.3.1938, RStBl 1938 S. 644 (645); RFH v. 15.7.1931, StW 1931 Nr. 889, Sp. 1546 (1548); RFH v. 12.11.1936 StW 1937 Nr. 279, Sp. 550 (553)

desfinanzhof in ständiger Rechtsprechung entwickelt. Danach kann eine Mitunternehmerschaft grundsätzlich nur dann entstehen, wenn im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses ein Gewerbe betrieben wird und sich dabei die Beteiligung der Gesellschafter auch auf das Gesellschaftsvermögen erstreckt[1]. Die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen stellt dabei die für die Annahme einer Mitunternehmerschaft notwendige Voraussetzung dar. Wird allein ein Gewerbe im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses betrieben, ohne daß die Gesellschafter zugleich am Gesellschaftsvermögen beteiligt sind, so entsteht dadurch in der Regel[2] eben noch keine Mitunternehmerschaft.

Besteht ein Gesellschaftsverhältnis mit Unterbeteiligung und betreibt die Obergesellschaft als Personengesellschaft ein Gewerbe, so kann dies zur Mitunternehmerschaft bei der Untergesellschaft führen. Ist der Untergesellschafter zugleich auch an dieser Obergesellschaft prozentual in gleicher Höhe beteiligt, dann liegt die Vermutung noch näher, daß dieser Untergesellschafter den Tatbestand der Mitunternehmerschaft erfüllt. Insoweit ist nämlich hier im konkreten Fall der kapitalistisch ausgestalteten KG die Rechtsstellung des Gestionskommanditisten als Obergesellschafter mit dem Rechtsverhältnis der Unterbeteiligung identisch[3]. Intern wenigstens hat

---

1) So Bopp, G., a.a.O., S. 44, 47; vgl. auch dort zitierte Literatur und Rechtsprechung: Lenski, E.: Unternehmensgemeinschaft und Mitunternehmerschaft, DStZ 1939, S. 459, 467 f.; RFH v. 16.11.1927, RStBl. 1928 S. 90 f. und RFH v. 8.3.1933, RStBl. 1933, S. 405 f.

2) Eine Ausnahme ist dann gegeben, wenn kraft gesetzlicher Fiktion das Bestehen einer Mitunternehmerschaft angenommen wird, wie beispielsweise bei den Gesellschaftern der Personengesellschaften gem. § 15 Ziff. 2 EStG

3) vgl. Bopp, G., a.a.O., S. 44, dort zitiert: RFH v. 8.8.1934, RStBl 1935, S. 920/921 sowie RFH v. 7.5.1941 RStBl 1941, S. 554

der Obergesellschafter dem Untergesellschafter damit die Rechtsstellung eines Kommanditisten eingeräumt. Wenn dies auch nicht von Außenstehenden erkannt wird, so kommt es für die steuerliche Beurteilung entscheidend allein auf die Gestaltung des Innenverhältnisses an[1].

Die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist nur denkbar, wenn auch ein Gesellschaftsverhältnis besteht, das in der Regel den rechtlichen und organisatorischen Rahmen für den Betrieb eines Gewerbes bildet. Daher sind Gewerbebetrieb und Gesellschaftsverhältnis zwar einigermaßen zuverlässige Anzeichen für das Vorliegen einer Mitunternehmerschaft. Das Vorhandensein dieser beiden Kriterien deutet aber nur darauf hin, daß es sich um eine Mitunternehmerschaft handeln kann. Erst wenn eine Beteiligung der Gesellschafter am Gesellschaftsvermögen hinzukommt, ist in jedem Fall der Tatbestand der Mitunternehmerschaft erfüllt.

Die Beteiligung am Gesellschaftsvermögen ist also - wie bereits oben bemerkt - die entscheidende Voraussetzung für die Entstehung einer Mitunternehmerschaft. Bei der OHG und KG ist dieses Gesellschaftsvermögen als "dinglich gebundenes Gesamthandvermögen" organisiert[2]. Demzufolge steht den Personengesellschaftern bei einer Vermögensauseinandersetzung neben dem Nominalwert ihres Kapitalkontos auch ein prozentualer Anteil an den stillen Reserven und dem Firmenwert zu[3]. Die bürgerlich-rechtliche Unterbeteili-

---

1) ebenfalls von Bopp, G., a.a.O., S. 44 zitiert: RFH v. 9.7.1931, in StW 1932 Nr. 312 Sp. 616, 617

2) Bopp, G., a.a.O., S. 47

3) Bopp, G., a.a.O., S. 47, dort zitiert: Schlegelberger, F.: HGB, 3. Aufl. Berlin und Frankfurt 1955, Bd. II Anm. 4 zu § 154 HGB; ebenso Baumbach-Duden, HGB 12. Aufl. München und Berlin 1956, Anm. 2 z. § 154

gungsgesellschaft kennt dagegen kein dinglich gebundenes Gesamthandsvermögen. Die Einlage des Unterbeteiligten geht hier in das Vermögen des Obergesellschafters über. Daher hat der Unterbeteiligte gegen den Gesellschaftskommanditisten lediglich "schuldrechtliche Ansprüche"[1] auf die Auszahlung der ihm vertraglich zustehenden Gewinne.

Für das Zustandekommen einer Mitunternehmerschaft ist ebenfalls die Existenz eines Gewerbebetriebes wesentlich. Dies ergibt sich schon aus dem Wortlaut des Gesetzes[2]. Darauf deuten inhaltlich besonders diejenigen Steuerrechtsvorschriften hin, in denen die Gesellschafter einer OHG und KG als Mitunternehmer bezeichnet werden. Diese Gesellschaften setzen nämlich den Betrieb eines Handelsgewerbes notwendig voraus[3]. Wenn etwa ein Unterbeteiligter als Mitunternehmer angesehen werden soll, muß auch die Obergesellschaft einen Gewerbebetrieb betreiben. Dabei ist es eben unbeachtlich, "daß der Unterbeteiligte nach außen nicht hervortritt", weil es steuerrechtlich entscheidend allein auf das Innenverhältnis ankommt[4].

Das für die Annahme einer Mitunternehmerschaft ebenfalls wichtige Merkmal des Gesellschaftsverhältnisses ergibt sich nicht aus dem Gesetz. Dieses ist vielmehr durch die Rechtsprechung ergänzt worden. Der Begriff der Mitunternehmerschaft verlangt das Zusammenwirken von mindestens zwei gesellschaftlich verbundenen Unternehmern. Nicht jede Zusammenarbeit zwischen zwei oder mehreren Unternehmern auf der

---

1) Vgl. Bopp, G., a.a.O., S. 17

2) § 15 EStG: "Einkünfte aus Gewerbebetrieb"

3) Bopp, G., a.a.O., S. 44

4) Bopp, G., a.a.O., S. 44

Grundlage vertraglicher Absprachen stellt aber bereits ein Gesellschaftsverhältnis im steuerlichen Sinn dar. So beschränkt sich auch die Rechtsprechung nicht etwa auf die Feststellung, daß ein Gesellschaftsverhältnis zur Entstehung einer Mitunternehmerschaft notwendig sei. Sie kennzeichnet vielmehr im einzelnen die Kriterien, aus denen man die Existenz eines Gesellschaftsverhältnisses folgern kann, dem steuerlich Gewicht zukommt.

So kann eine "echte Ergebnisbeteiligung" auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses hindeuten[1]. Ein unterbeteiligter Gesellschafter nimmt gewöhnlich nur dann uneingeschränkt am Erfolg der Unternehmung teil, wenn er seine volle Arbeitskraft für die Geschäftsführung einsetzen muß. Vereinbarungen dieser Art bilden oft den Schwerpunkt eines Gesellschaftsvertrages, in dem die Rechte und Pflichten der Gesellschafter unter Berücksichtigung des gemeinsamen Geschäftsinteresses festgelegt werden. Materiell läßt sich das positive Ergebnis aus der Geschäftstätigkeit solcher Gesellschafter an dem gesamten Unternehmungsgewinn messen. Ein Mitunternehmer muß dabei allerdings nicht unbedingt voll am laufenden Gewinn beteiligt sein[2]. Der Ertrag der Unternehmung kann einem als Mitunternehmer Unterbeteiligten auch in anderer Weise und zwar durch besondere Vereinbarung bei der Auseinandersetzung zukommen[2]. Insofern überschneiden sich hier die Merkmale des Gesellschaftsverhältnisses mit denen der Beteiligung am Gesellschaftsvermögen.

---

1) Herrmann-Heuer, Kommentar zur Einkommen- und Körperschaftsteuer, 7. Aufl. Köln ab 1954, Anm. 27 E zu § 15 EStG, S. 910; So auch Bopp, G., a.a.O., S. 45

2) vgl. Bopp, G., a.a.O., S. 45; dort zitiert: RFH v. 13.6.1933 StW, 1932 Nr. 652; RFH v. 1.5.1929 RStBl 1929 S. 427 Nr. 608

Ebenfalls werden einem Unterbeteiligten Kontrollrechte meist nur im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses gewährt. Damit ergeben auch sie einen wichtigen Anhaltspunkt für das Erkennen der Mitunternehmerschaft[1]. Regelmäßig werden die üblichen Kontrollrechte der Gesellschafter im Unterbeteiligungsvertrag beschränkt. Werden sie aber völlig ausgeschlossen, so kann ein Gesellschaftsverhältnis nicht mehr angenommen werden.

Aus einer Umsatzbeteiligung des Untergesellschafters kann man aber anders als bei einer Ergebnisbeteiligung und bei Kontrollrechten nach Bopp nicht auf das Bestehen eines Gesellschaftsverhältnisses schließen[1]. Eine solche Beteiligung fließt dem Untergesellschafter auch unabhängig von Verlusten weiterhin zu. Gerade deshalb kann sie keine "echte Ergebnisbeteiligung" darstellen.

Die Entstehung der Mitunternehmerschaft hängt letztlich von der Gestaltung und tatsächlichen Durchführung des Gesellschaftsvertrages ab. Dabei können die Unterbeteiligungen durchaus in Form eines Gesellschaftsverhältnisses zusammengefaßt sein. Entscheidend ist eben für die Besteuerung, ob der Unterbeteiligte am Geschäftsvermögen der Obergesellschaft beteiligt ist, insbesondere an ihren stillen Reserven oder ob ihm im Fall der Vertragsauflösung nur der Anspruch auf Rückzahlung seines eingelegten Kapitals verbleibt.

---

1) Bopp, G., a.a.O., S. 45; siehe auch die dort zitierte Rechtsprechung des RFH, RFH v. 30.9.1936, RStBl 1936, S. 1099/1100

### 3) Die Auswirkungen einer Vermeidung der Mitunternehmerschaft in der bürgerlich-rechtlichen Unterbeteiligungsgesellschaft

#### aa. Die Annäherung an die stille Gesellschaft in Handels- und Steuerrecht

Mit einem Gesellschaftsvertrag, der die Entstehung einer Mitunternehmerschaft vermeidet, unterscheidet sich die bürgerlich-rechtliche Unterbeteiligungsgesellschaft zumindest steuerlich kaum noch von der stillen Gesellschaft. Handelsrechtlich besteht jedoch weiterhin ein erheblicher Unterschied zur stillen Beteiligung. Steuerrechtlich wird dagegen die Annäherung soweit vollzogen, daß die Unterbeteiligung nach den Grundsätzen der typischen stillen Gesellschaft besteuert wird.

Handelsrechtlich hat die Unterbeteiligung mit der stillen Gesellschaft zwar gewisse Wesensmerkmale gemein. In beiden Fällen fehlt nämlich ein Gesamthandvermögen, weil die Beteiligungen auf schuldrechtlichen Beziehungen aufbauen. Daher kann auch das Unterbeteiligungsverhältnis mit Recht als Innengesellschaft bezeichnet werden[1]. Es bestehen aber einschneidende Unterschiede zwischen beiden Rechtsformen.

So liegt ein wesentliches Unterscheidungskriterium darin, daß der Unterbeteiligte lediglich an dem Anteil eines Gesellschafters teilhat[2]. Die Einlage des stillen Gesellschafters geht dagegen unmittelbar in das Vermögen der Hauptgesellschaft über. Den stillen Gesellschafter verbinden also im letzten Fall unmittelbare Rechtsbeziehungen mit der Oberge-

---

1) vgl. hierzu insbesondere: Lehmann, H., a.a.O., S. 139 und v. Gierke, J., a.a.O., S. 210

2) Bopp, G., a.a.O., S. 23

sellschaft als der Inhaberin des Handelsgewerbes[1]. Demnach können Unterbeteiligungen nur im Rahmen eines Gesellschaftsverhältnisses vereinbart werden. Ein Einzelkaufmann kann dagegen einen anderen zwar als stillen Gesellschafter, nicht aber als Unterbeteiligten aufnehmen[1].

Die stille Beteiligung kann außerdem nur an einer Gesellschaft erfolgen, die ein Handelsgewerbe betreibt[2]. Nach dem Grundsatz der Vertragsfreiheit ist demgegenüber bei der Unterbeteiligung ein Handelsgewerbe nicht erforderlich. Für die zivilrechtliche Anerkennung der Unterbeteiligung ist es daher ohne Bedeutung, ob die Gesellschaft ein Handelsgewerbe betreibt oder ob sie einem Zweck dient, der nicht als Handelsgewerbe angesehen werden kann. Bei Abwägung der Unterschiede dieser beiden gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zeigt die Unterbeteiligung eine weitaus größere Elastizität. Dank dieser Eigenschaft ist sie der stillen Beteiligung bei der Beschaffung von Eigenkapital für mittelständische Unternehmungen vorzuziehen.

Das Steuerrecht behandelt Unterbeteiligungen und stille Gesellschaft weitgehend einheitlich. Beide Gesellschaftsformen werden entweder als Mitunternehmerschaften wie die OHG und KG oder wie ein Gläubigerverhältnis besteuert.

---

1) Bopp, J., a.a.O., S. 23; vgl. auch die dort zitierte Literatur: Greifeld, Die Unterbeteiligung an der Offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, Dissertation, Leipzig 1938 S. 20; Pöllinger, Die Unterbeteiligung, Dissertation, Erlangen 1932, S. 27; Janberg, H.: Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, B 1953, S. 77 ff.

2) gem. § 335 Abs. 1 HGB

Während im Zivilrecht trotz einiger Gemeinsamkeiten doch schließlich deutlich zwischen Unterbeteiligung und stiller Gesellschaft unterschieden werden muß, vollzieht sich die Annäherung im Steuerrecht insofern, als man hier in beiden Fällen von einer "typischen stillen Gesellschaft im wirtschaftlichen Sinne"[1] spricht. Auch das Steuerrecht geht nämlich von der Begriffsbestimmung des Handelsrechts aus, wonach sich der stille Gesellschafter gem. § 335 HGB an einem Handelsgewerbe beteiligt, das ein anderer betreibt[2]. Als Inhaber des gesellschaftlich betriebenen Unternehmens können im Zivilrecht nur die Gesellschafter in ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit gelten. Das Steuerrecht betrachtet dagegen jeden einzelnen Mitunternehmer als selbständigen Gewerbetreibenden[3].

Diese Auffassung steht in Einklang mit der im Steuerrecht geltenden Bilanzbündeltheorie[4]. Danach werden die einzelnen Beteiligungen an OHG und KG oder an sonstigen Gesellschaften, bei denen der Gesellschafter als Mitunternehmer anzusehen ist, steuerlich so behandelt, als ob gesonderte Einzelbetriebe vorlägen. Die Gesellschaft selbst gilt dann als Zusammenfassung dieser gedachten Einzelunternehmungen.

Steuerrechtlich ist es somit denkbar, daß auch ein einzelner Gesellschafter an seiner Beteiligung eine

---

1) Bopp, G., a.a.O., S. 55; dort zitierte Literatur und Rechtsprechung: Densow, Die Unterbeteiligung im Steuerrecht, B 1953, S. 218/219; RFH v. 15.1.1936 RStBl 1936, S. 554/555; RFH v. 12.2.1930, StW 1930 Nr. 356

2) Urteil des FG Düsseldorf v. 23.4.1952, B 1952, S. 406 ebenfalls zitiert bei Bopp, G., a.a.O., S. 55

3) Bopp, G., a.a.O., S. 56; dort zitiertes Schrifttum: Blümich-Falk, Einkommensteuergesetz, 7. Aufl. Berlin und Frankfurt 1955, Anm. 9 zu § 15 EStG, S. 773; Littmann, E., Das Einkommensteuerrecht, 5. Aufl. Stuttgart 1956, TZ 51 zu § 15 EStG

4) vgl. Darstellung der Bilanzbündeltheorie bei Bühler, O., Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3. Aufl. Berlin u. Frankfurt 1956, S. 55, 58

typische stille Gesellschaft einräumt[1]. Handelsrechtlich müßte eine solche Rechtsgestaltung zwar weiterhin als Unterbeteiligung ausgelegt werden. Für das Steuerrecht ist diese strenge Unterscheidung zwischen Unterbeteiligung und stiller Gesellschaft nicht erforderlich, da beide Rechtsinstitute hier nach gleichen Grundsätzen behandelt werden. Deshalb bezeichnet man beide eben einheitlich als "typische stille Gesellschaft im wirtschaftlichen Sinne". Folglich müssen Ausschüttungen an Unterbeteiligte, die nicht als Mitunternehmer anzusehen sind, als Einkünfte aus Kapitalvermögen behandelt werden[2].

bb. Die steuerliche Behandlung der als Gläubigerverhältnis ausgestalteten Unterbeteiligung und die damit zusammenhängenden wesentlichen Punkte der Vertragsgestaltung

Die Veräußerung von Unterbeteiligungen kann der Einkommensteuer unterliegen. Die Steuerpflicht tritt ein, wenn der Unterbeteiligte seine Beteiligung innerhalb von sechs Monaten nach dem Erwerb oder gar schon vor dem Erwerb mit Gewinn veräußert[3]. Laufende Verluste kann der Unterbeteiligte gegebenenfalls bei der Einkunftsermittlung als Werbungskosten ansetzen, wenn er diese Lasten auf Grund einer Vertragsvereinbarung mittragen muß[4]. Nur eine solche

1) So Bopp, G., a.a.O., S. 56

2) Der Unterbeteiligte hat seine Gewinnanteile gem. § 20 Abs. 1 Ziff. 2 EStG als Einkünfte aus Kapitalvermögen zu versteuern. Die Einkommensteuer wird dabei durch Abzug vom Kapitalertrag erhoben. Der Steuersatz beträgt im Fall der stillen Beteiligung gem. §§ 43 Abs. 1 Ziff. 2 u. 44 Abs. 1 Ziffer 1 EStG 25 %. Die Steuer ist von der KG einzubehalten und an das Finanzamt abzuführen. Bei der KG ist der Steuerabzugsbetrag in Höhe von 25 % des auf den stillen Gesellschafter entfallenden Gewinnanteils Betriebsausgabe, die den Gewinn aus Gewerbebetrieb bei der KG mindert.

3) gem. § 23 Abs. 1 Ziff. 1b, Ziff. 2 EStG

4) Bopp, G., a.a.O., S. 57; dagegen aber: EStR Abschn. 153

vertragliche Verpflichtung kann nämlich den Abzug von übernommenen Verlusten als Werbungskosten rechtfertigen; denn Werbungskosten sind ihrem Wesen nach lediglich als unvermeidbare "Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung der Einnahmen" des Unterbeteiligten denkbar[1].

Da die bürgerlich-rechtliche Unterbeteiligungsgesellschaft nicht den Betrieb eines Gewerbes zum Gegenstand hat, ist auch der Untergesellschafter von der gesamtschuldnerischen Haftung der Kommanditisten für Gewerbesteuerschulden der Obergesellschaft befreit[2]. Aus der Einbeziehung der auf den Unterbeteiligten entfallenden Gewinne in den Gewerbeertrag und der Beteiligung selbst in das Gewerbekapital der KG ergeben sich keine Unterschiede zwischen Unterbeteiligungen im Sinne einer Mitunternehmerschaft oder eines Gläubigerverhältnisses. Bei der Mitunternehmerschaft sind die Gewinnanteile schon im Gewinn aus Gewerbebetrieb enthalten. Ebenso gehört auch die Beteiligung bereits zum Einheitswert des gewerblichen Betriebs. Insoweit sind die beiden Grundlagen für die Ermittlung von Gewerbeertrag und Gewerbekapital vollständig. Ist die Unterbeteiligung aber als Gläubigerverhältnis anzusehen, so werden die Gewinnanteile und die Beteiligung selbst dem Gewinn aus Gewerbebetrieb bzw. dem Einheitswert des gewerblichen Betriebs wieder hinzugerechnet[3].

Vermögensteuerlich zählt die Beteiligung des als Gläubiger Unterbeteiligten zum sonstigen Vermögen[4]. Demgegenüber gehört der Gesellschaftsanteil des als

---

1) siehe Wortlaut des § 9 EStG

2) vgl. zur gesamtschuldnerischen Haftung der Kommanditisten für Gewerbesteuerschulden der Gesellschaft S. 145 Anm. 2

3) Rechtsgrundlagen: §§ 8 Ziff. 3; 12 Abs. 2 Ziff. 1 GewStG

4) gem. § 67 Ziff. 1 BewG

Mitunternehmer Unterbeteiligten zum Betriebsvermögen der KG[1].

Mit der Vermeidung der Mitunternehmerschaft nimmt der Unterbeteiligte eine gläubigerähnliche Stellung ein. Gleichwohl besteht aber ein Gesellschaftsverhältnis zwischen ihm, den anderen Untergesellschaftern und dem Gestionskommanditisten. Dabei darf der Untergesellschafter jedoch nicht an den stillen Reserven und dem Firmenwert der KG beteiligt sein. Für den Fall der Vertragsauflösung kann ihm daher nur der Anspruch auf Rückzahlung seines eingelegten Kapitals verbleiben. Mit Ausnahme der Zuweisungen zu einem Fonds für die objektiv betriebsnotwendige Reserve[2] wird der laufende Gewinn ganz ausgeschüttet. Andernfalls könnte ihm dieser bei einer späteren Liquidation oder bei seinem vorzeitigen Ausscheiden entgehen. Desnalb muß der Gestionskommanditist damit betraut werden, durch den Einblick in die wirtschaftlichen und finanziellen Verhältnisse der Unternehmung den wahren ausschüttungsfähigen Gewinn zu ermitteln. Der Vertrag zwischen den Unterbeteiligten, dem Gestionskommanditisten und der KG muß die rechtliche Grundlage dazu schaffen. Die KG muß außerdem verpflichtet werden, diesen Gewinn auch wirklich auszuschütten. Viel weiter dürfen aber die über den Gestionskommanditisten ausgeübten Kontrollrechte der Untergesellschafter keinesfalls gehen, da sonst die Unterbeteiligung den Charakter einer Mitunternehmerschaft annehmen könnte.

---

1) gem. §§ 54 Abs. 1; 56 Abs. 1 Ziff. 7 BewG

2) vgl. dazu S. 150 f.

d) Die Errichtung börsenähnlicher Institutionen für die Vermittlung von Unterbeteiligungen

1) Die börsenähnliche Institution nach dem Vorbild der amtlichen Effektenbörse

Mit der Unterbeteiligung in verbriefter Form und mit der Vermeidung der Mitunternehmereigenschaft des Unterbeteiligten im Verhältnis zur übergeordneten KG sind bereits zwei wichtige Voraussetzungen für die Funktionsfähigkeit einer börsenähnlichen Institution erfüllt. Die Frage nach ihrer rechtlichen Zulässigkeit bleibt damit jedoch noch unbeantwortet. Dazu muß erst der Nachweis erbracht werden, daß eine solche Einrichtung zumindest nicht gegen die Schutzbestimmungen des Börsengesetzes verstößt und auch nicht zu Mißbrauch und Schwindel führt. Kommt eine privatrechtliche Vermittlungsorganisation für Gesellschaftsbeteiligungen offenliegenden Publikumsbedürfnissen entgegen, so können sich schon allein daraus ausschlaggebende Anhaltspunkte für die Frage nach ihrer Zulässigkeit ergeben.

Es ist allerdings zweifelhaft, ob sich börsenähnliche Institutionen nach dem Vorbild der amtlichen Effektenbörsen errichten lassen. Begrifflich wird die Effektenbörse als ein regelmäßig stattfindender und gesetzlich geordneter Markt für den Handel mit Wertpapieren von Unternehmungen bezeichnet[1]. Nach den einzelnen Börsengesetzen und -Erlassen können nur Aktiengesellschaften und bergrechtliche Gewerkschaften im Rahmen eines besonderen Verfahrens[2] zu

1) vgl. den ähnlich gefaßten Begriff in: Dr. Gablers Wirtschaftslexikon, Wiesbaden 1956, Sp. 561/562; Handwörterbuch der Betriebswirtschaft, 3. Aufl. 1956, Bd. I, Sp. 1195; Rechtsgrundlagen: in RGBl I. v. 27.5.1908, S. 215; RGBl. I v. 5.3. 1934, S. 169

2) Dieses Verfahren ist in den §§ 36 - 49 BörsG geregelt: z.B. Prospektzwang; das für amtliche Notierungen erforderliche Mindestgrundkapital von 250.000.--DM, vgl. dazu auch Gerike, H.: Die Börsenzulassung von Wertpapieren, Wiesbaden 1961, S. 94

dieser Institution zugelassen werden. Die Abschlüsse dieser regelmäßig abgehaltenen Marktveranstaltungen werden in täglichen[1] Kursnotizen veröffentlicht. Solche Notierungen vermitteln zwar ein ergebnishaftes, jedoch wenig aussagekräftiges Bild von der wahren Angebots- und Nachfragesituation auf dem Wertpapiermarkt. Die gesetzliche Ordnung des Börsenwesens soll dem Schutze des Publikums dienen. Deshalb muß die Errichtung von Effektenbörsen durch die Landesregierung genehmigt werden, die auch die Börsenaufsicht ausübt[2]. Einzelne Beauftragte dieser Börsenaufsichtsorgane haben die Geschäftsführung an den einzelnen Börsenplätzen zu überwachen und darüber regelmäßig zu berichten (Börsenkommission)[3]. Dabei wird im Wege der organisatorischen Vereinfachung die unmittelbare Beaufsichtigung des Geschäftsbetriebs meist den zuständigen Vertretungen der Kaufmannschaft, also den Industrie- und Handelskammern übertragen[3].

Praktische Erfahrungen mit börsenähnlichen Institutionen liegen bis jetzt noch nicht vor. So könnte man sich eine solche Einrichtung nach dem Vorbild der amtlichen Effektenbörse organisiert denken. Eine schematische Übertragung von Wesensmerkmalen der öffentlichen Wertpapierbörse auf eine private Vermittlungsstelle für Beteiligungen erscheint jedoch unzweckmäßig. Man kann nämlich davon ausgehen,

---

1) Mit Ausnahme von Feiertagen, von Montagen und den Werktagen, die auf Feiertage folgen, an denen die Börse geschlossen war

2) siehe HdB, 3. Aufl. 1956 Bd. I, S. 1197; ebenso § 1 BörsG und Herold-Lippisch, Bank- und Börsenrecht, 2. Aufl. Berlin u. Frankfurt 1962, S. 77

3) HdB a.a.O., S. 1197

daß eine solche Neuschöpfung einen sehr viel kleineren Wirkungsbereich haben wird. Die börsenrechtlichen Schutzbestimmungen richten sich dagegen an einen sehr großen Publikumskreis. Trotzdem empfiehlt es sich aber, bei der Neuschaffung einer privaten Vermittlungsstelle für Beteiligungen die Publikumsschutzbestimmungen des Börsengesetzes stets im Auge zu behalten, damit jede nur mögliche Umgehung dieser Vorschriften vermieden wird.

2) Das Verhältnis zwischen allgemeinen Schutzgedanken im Handelsrecht und der Zweckmäßigkeit börsenähnlicher Institutionen

Der nähere Zweck, den eine private Vermittlungsstelle für Beteiligungen verfolgen soll, wurde bereits in den vorhergehenden Kapiteln erwähnt. Wenn sich eine solche Organisation als arbeitsfähig erweist, hat sie nicht ausschließlich Personengesellschaften mit übertragbaren Anteilen zu dienen. Ihr weiterer Zweck läge darüber hinaus auch darin, kleinen bzw. mittelgroßen Aktiengesellschaften und Gesellschaften mbH zur Verfügung zu stehen. Auf diesem Wege würden auch Kapitalgesellschaften, die von der Börse ausgeschlossen sind, wenigstens in beschränktem Umfang Zugang zu einem privat organisierten Kapitalmarkt erhalten.

Wenn außer der amtlichen Börse jede andere Organisation, deren Betätigung darin besteht, Wertpapierveräußerungen zu registrieren und zu veröffentlichen, als Umgehung des Börsengesetzes ausgelegt werden müßte, könnte die Untersuchung über die Zulässigkeit solcher Einrichtungen bereits hier mit negativem Ergebnis abgeschlossen werden. Es kann aber nicht gegen das Börsengesetz verstoßen, wenn kleine oder mittelgroße kapitalistisch organisierte Kommandit-

gesellschaften auf diese Weise die "Freizügigkeit"[1] ihrer fungibel ausgestalteten Beteiligungen erhöhen wollen. Auch größere Kapitalgesellschaften, welche ohne weiteres die Bedingungen für eine Zulassung zum amtlichen oder freien Börsenhandel erfüllen, können jederzeit ihre Beteiligungen an anderen Nicht-Börsenplätzen anbieten. Die Entscheidung zum amtlichen Börsenhandel erfolgt, soweit die Zulassungsbedingungen erfüllt werden können, völlig freiwillig. Erst wenn der Zulassungsantrag geprüft und angenommen worden ist, unterliegt die betreffende Gesellschaft den besonders strengen Regelungen des Börsengesetzes.

Als Körperschaften der Länder genießen die Effektenbörsen öffentliches Vertrauen. Wenn eine Gesellschaft nach Erfüllung der strengen Aufnahmebedingungen schließlich zur Börse zugelassen worden ist, soll auch für die Öffentlichkeit eine sichere Gewähr bestehen, daß nur solide und vertrauenswürdige Papiere gehandelt werden. Der börsenmäßige Wertpapierhandel stellt damit zugleich eine Auszeichnung der betreffenden Unternehmung dar. Zweifellos bietet die Börsenzulassung einer großen AG auch den aussichtsreichsten Zugang zum Kapitalmarkt. Mit anderen Formen des Beteiligungenhandels entsteht für die Börse somit auch keine ernsthafte Marktkonkurrenz. Käme es aber dennoch zu einer Abwerbung von der amtlichen Börse, so würden derartige Nebenveranstaltungen des Effektenhandels bald untersagt oder in gesetzliche Bahnen gelenkt werden.

Eine unbedingt sichere Aussage über die Zulässigkeit

---

1) Anschaulicher Ausdruck Schmalenbachs, E. in: Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl. 1950, S. 186. Nach Schmalenbach ist der Grad der "Freizügigkeit des Unternehmerkapitals" wichtiger als der "Haftungsgrad".

börsenähnlicher Institutionen läßt sich nicht mit der Bemerkung treffen, daß freie Gestaltungen dieser Art nicht gesetzlich verboten seien. Da eine solche Vermittlungsstelle völlig neuartig ist, finden sich für ihre juristische Beurteilung auch in der Rechtsprechung bisher keine Hinweise. Insofern bieten die im Handelsrecht nachweisbaren allgemeinen Schutz- und Ordnungsgedanken gewiß einige — wenn auch verhältnismäßig abstrakte — Anhaltspunkte. Sobald nämlich eine Gesellschaftsorganisation wirtschaftliche und rechtliche Beziehungen zu Dritten anknüpft, trifft das Handelsrecht gewöhnlich Schutzvorkehrungen. Der Gesetzgeber geht dabei immer von der Annahme aus, daß außenstehende Personen möglicherweise zu wenig mit den Gepflogenheiten des Handelsverkehrs vertraut sein könnten. Vor den Folgen solcher Unerfahrenheit sollen Privatleute, aber auch andere Geschäftsleute durch strenge Gesetzesregelungen, die für beide Seiten bindend sind, geschützt werden.

Derartige Grundgedanken im Handelsrecht können letztlich aber nur eine äußerst lockere Abgrenzung andeuten, bis zu welchem Punkt börsenähnliche Institutionen noch von privater Hand betrieben werden dürfen. Eine Untersuchung über die Zweckmäßigkeit solcher Einrichtungen führt dagegen zu einem konkreten Ergebnis. Schöpfungen des Handelsverkehrs sind nämlich ohne Bedenken statthaft, soweit sie lebensnotwendige Interessen der Wirtschaftsbetriebe fördern, ohne dabei zugleich gegen schutzwürdige Belange der Allgemeinheit zu verstoßen. Diese Bedingungen können jedoch trotz strenger börsenrechtlicher Vorschriften nicht einmal mit voller Gewißheit von den amtlichen Effektenbörsen erfüllt werden.

Nach Schmalenbach ist die Wertpapierbörse dringend reformbedürftig[1]. Er bezweifelt nämlich ausdrücklich ihre andauernde Funktionsfähigkeit[1]. Diese Erkenntnis zieht er aus einer langjährigen Beobachtung des Börsengeschehens bei mangelhaft organisiertem Kapitalmarkt. Die Entwicklung, die sich nach 1949 auf diesem Gebiet bis zur Gegenwart hin vollzogen hat, bestätigt die Richtigkeit seiner Auffassungen. Zwar will Schmalenbach damit keineswegs die Notwendigkeit eines regelmäßig stattfindenden Effektenhandels mit den dazugehörenden Kursnotizen abstreiten[2]. Es sei aber keineswegs nötig, "die Börsen wieder aufblühen zu lassen. Für einen regelmäßigen und störungsfreien Aktienhandel braucht man keine Börse, keine Makler und keine Banken. Das läßt sich viel einfacher und billiger bewerkstelligen"[2]. Gerade bei der amtlichen Börse sieht er allerlei "Schmarotzertum" am Werke[3]. Dazu sei auch der größte Teil der sogenannten Spekulation zu rechnen. Die wichtigsten Mittel, um wieder eine wirksame aber doch billige Mobilisierungsart zu finden, seien Verzicht auf tägliche Kursnotiz sowie Abschaffung der Börse in ihrer herkömmlichen Form.

Nach Schmalenbach[3] läßt sich die amtliche Effektenbörse durch eine "Ausgleichsstelle" in Form einer zentralen offentlichen Bank ersetzen, welche die Aktienkurse zweimal im Monat zu ermitteln und bekanntzugeben hätte. Alle Umsätze würden folglich auf diese beiden Tage zusammengedrängt. Der Kurs, der sich dann ergäbe, sei zuverlässiger als bei

---

1) Schmalenbach, E.: Aktiengesellschaft außer Dienst, ZfHF 1949, S. 4; ebenfalls in: Die Aktiengesellschaft, 7. Aufl. 1950, S. 185

2) Schmalenbach, E., ZfHF 1949, S. 4

3) Schmalenbach, E.: Die Beteiligungsfinanzierung, 7. Aufl. Köln 1949, S. 152

täglicher Notiz. Damit würde gleichzeitig einem großen Teil der Spekulation der Reiz am Börsenspiel genommen. Besonders umwälzend erscheint dabei Schmalenbachs Vorschlag, daß zu diesem Aktienhandel nur Namensaktien zugelassen werden sollten[1]. Die Aktienbücher, in die diese Namensaktien eingetragen werden, wären nicht nur bei der Gesellschaft selbst, sondern auch bei der zentralen öffentlichen Bank zu führen. Aus diesen Unterlagen könne man dann feststellen, ob der Verkäufer auch die Aktien und der Käufer ein entsprechendes Guthaben besitzen[1].

Zur Verwirklichung des Systems einer zentralen öffentlichen Ausgleichsstelle für Aktienhandel müßten zunächst große Widerstände überwunden werden. Der Reformvorschlag Schmalenbachs zielt jedenfalls auf eine Abschaffung der Börsen im herkömmlichen Sinne hin. Das Börsengesetz und die zahlreichen Börsenerlasse müßten durch eine umfangreiche neue Gesetzgebung ersetzt werden. Vermutlich werden diese umwälzenden Ideen Schmalenbachs aber weiterhin wie bisher in Vergessenheit versunken bleiben oder auch bewußt nicht aufgegriffen werden. Die Effektenbörse ist eine schon so lange eingebürgerte und deshalb von traditionellen Strömungen getragene Einrichtung, daß sich die Gesetzgebungsorgane schwerlich zu einer Abschaffung und Neuregelung von Grund auf entschließen könnten. Man würde allenfalls - soweit überhaupt Änderungen ernsthaft beabsichtigt sind - die Börsenpublizität verschärfen, um dadurch den Schutz des Börsenpublikums zu steigern.

Der Reformvorschlag Schmalenbachs enthält unge-

---

1) Schmalenbach, E., a.a.O., S. 152 will in dieser Weise die Spekulation bekämpfen: Aktienkäufe auf Kredit, aber vor allem Aktienkäufe, ohne die betreffenden Aktien überhaupt schon zu besitzen.

achtet seiner Undurchführbarkeit sehr wertvolles Gedankengut. Einerseits kommt darin die Begrenztheit eines ohnehin schon wenig funktionsfähigen Kapitalmarktes zum Ausdruck, von dem kleine und mittelgroße Wirtschaftsbetriebe ohne Unterschied der Unternehmungsform überhaupt ausgeschlossen sind. Zum anderen vermag die Einstellung Schmalenbachs den Unternehmern mittelständischer Wirtschaftskreise sehr anschaulich zu zeigen, wie dringend notwendig für sie eine Verbesserung oder Reform des Kapitalmarktes ist, falls sie nicht auf lange Sicht schwere Nachteile gegenüber der Großindustrie hinnehmen wollen. Darüber hinaus zeigt sich bei kritischer Würdigung seiner Konzeption einigermaßen deutlich die Grenze, welche die Durchführbarkeit von börsenähnlichen Institutionen mitbestimmt.

So kann sich die Anregung zur Errichtung einer zentralen Ausgleichsstelle für Aktienhandel vor allem deshalb nicht durchsetzen, weil sich die Effektenbörse nicht ohne weiteres abschaffen läßt. Gerade in diesem Punkte aber unterscheidet sich eine börsenähnliche Institution von dem Reformvorschlag Schmalenbachs. Die Effektenbörse selbst und der dort stattfindende Wertpapierhandel soll nämlich keinesfalls durch einen börsenähnlich organisierten Beteiligungenhandel der mittelständischen Wirtschaft beeinträchtigt werden. Außerdem läßt sich der Handel mit Unterbeteiligungen und sonstigen Anteilen kleiner und mittelgroßer Kapitalgesellschaften auch gar nicht zentral gestalten. Für derartige Käufe kommen oftmals nur Interessenten aus der nahen Umgebung in Frage. Deshalb erscheint eine dezentrale Organisation zweckmäßiger, bei der man sich auf die örtlichen Zuständigkeitsbereiche der einzelnen Industrie- und Handelskammern beschränken würde.

Im abgewandelten System einer nicht auf Ausschaltung der Börse gerichteten privaten Vermittlungsstelle für Beteiligungen lassen sich allerdings einzelne Gedanken Schmalenbachs verwirklichen. Die Abschaffung täglicher Kursnotizen könnte gewiß den Auswüchsen spekulativer Betätigung entgegenwirken. Ferner würden sich dadurch auch die Kosten verringern, die mit jeder Kursveröffentlichung verbunden sind. Die namentliche Erfassung von Käufern und Verkäufern dürfte der Verwaltung des börsenähnlich organisierten Beteiligungenhandels keine außergewöhnlich großen Schwierigkeiten bereiten. Vor allem könnte man auf diese Weise parasitär spekulative Momente ausschalten[1].

Ein Vergleich zwischen der Stellung eines Publikumsaktionärs und der eines Unterbeteiligten kann die Zweckmäßigkeit börsenähnlicher Institutionen mit örtlich begrenztem Wirkungsbereich veranschaulichen.

Die private Organisation des Kapitalverkehrs für kleine und mittelgroße Gesellschaften ist trotz fehlender gesetzlicher Regelung gewöhnlich mit geringeren Verkehrs- und Marktrisiken behaftet, als der Wertpapierhandel an der Effektenbörse. Großunternehmungen werden sich voraussichtlich zur Deckung ihres Kapitalbedarfs nicht an börsenähnliche Institutionen wenden. Damit schaltet sich in diesen Bereich des Kapitalverkehrs ein verhältnismäßig kleiner Publikumskreis ein.

Da sich die Neuausgabe oder der Weiterverkauf von Unterbeteiligungen überwiegend auf den Einflußbe-

---

1) Man kann bei namentlicher Erfassung gegebenenfalls verhindern, daß Verkäufer in Erwartung eines anhaltenden Kursverfalls Wertpapiere (Material) verkaufen, ohne sie überhaupt zu besitzen. Diese Art der Spekulation wird als "Fixen" bezeichnet, vgl. auch FAZ v. 1.6.1962, S. 26

reich der jeweils zuständigen Industrie- und Handelskammer beschränken wird, kann sich der Erwerber einer Unterbeteiligung im Gegensatz zu einem Publikumsaktionär meist sehr konkrete Vorstellungen von dem betreffenden Unternehmen machen. Schon die Kontrollrechte[1], die er mit dem Kauf seiner Unterbeteiligung erwirbt und die für ihn vom Gestionskommanditisten wahrgenommen werden, können einen aufschlußreichen Einblick in die betrieblichen Verhältnisse der betreffenden Unternehmung gestatten. Der Aktionär einer großen AG kann sich demgegenüber nur ein wesentlich ungenaueres Urteil über die Unternehmensverhältnisse bilden. Der veröffentlichte Jahresabschluß und der an den Aktionär gerichtete, äußerst allgemein gehaltene Geschäftsbericht besitzen erfahrungsgemäß geringe Aussagekraft.

Anders als der mit der kleinen Unternehmung trotz Vermeidung der Mitunternehmerschaft noch sehr eng verbundene Unterbeteiligte hat der Publikumsaktionär nicht einmal einen genügend rechtlich geschützten Anspruch auf die volle Ausschüttung des Gewinns, der nach Vornahme der betriebswirtschaftlich vertretbar erscheinenden Bildung stiller Reserven noch verbleibt. Die verhältnismäßig nahe Beziehung des Unterbeteiligten zur KG beruht letztlich auf den Kontrollrechten, die der Gestionskommanditist gewissermaßen treuhänderisch für den Unterbeteiligten ausübt. Ohne diese Einsichtsbefugnisse des Gestionskommanditisten ließe sich die bei gutem Geschäftsgang gesicherte und hohe Gewinnausschüttung zugunsten der Unterbeteiligten kaum sichern.

---

1) vgl. zur Zulässigkeit von Kontrollrechten des Gestionskommanditisten zugunsten des Unterbeteiligten, S. 176

Infolge des örtlich begrenzten Wirkungsbereichs börsenähnlicher Institutionen werden die Kurse der verbrieften Unterbeteiligungen weitaus weniger als amtliche Börsennotierungen von der Entwicklung der internationalen Wirtschaftslage und außerökonomischem Geschehen beeinflußt. Die Kursbildung an den inländischen Effektenbörsen richtet sich bei international freiem Kapitalverkehr vielfach sogar nach der an ausländischen Börsenplätzen herrschenden Angebots- und Nachfragesituation. So wird auch ausländische Spekulation mit zeitlichen Verzögerungen von vielleicht einem Tag oder selbst nur wenigen Stunden in den Ablauf des inländischen Börsengeschehens hereingetragen. Dabei kann die ausländische Spekulation auf inländische Spekulation mit gleichgerichteter oder gegenläufiger Wirkung treffen. Bei gleichgerichteter Wirkung wird sich die bereits vorhandene Kursbewegung vielfach in kumulativ zunehmender Beschleunigung nach oben oder unten verstärken. Bei gegenläufiger Tendenz können Kompensationseffekte eintreten, wobei sich die Kurse entweder gar nicht bewegen oder nach kurzer Schwankung wieder ihr altes Niveau erreichen.

Umfangreiche Wertpapierkäufe auf Kredit können ein Kennzeichen für gefährliche spekulative Strömungen sein. Die Aufforderung der Banken, solche Effektenkredite abzudecken, erfolgt erfahrungsgemäß zu einem Zeitpunkt bereits sinkender Kurse. Die Betroffenen können sich die notwendigen Geldmittel oftmals nur durch Verkäufe aus ihrem Wertpapierbesitz verschaffen. Infolge solcher Zwangsveräußerungen nimmt der Angebotsdruck zu und der Kursverfall verstärkt sich. Derartige Entwicklungen zeigen deutlich die Verflechtung der Weltbörsenplätze. Aufforderungen zur Abdeckung vor Effektenkrediten in New York können zu Zwangsverkäufen amerikanischen Wertpapierbesitzes in Deutschland führen, weil der Betroffene vielleicht gerade hier noch günstige Verkaufsbedingungen antrifft. Inländische Kursstürze, die auf spekulative Auswüchse im Ausland zurückzuführen sind, können dann sehr schnell auch im Inland noch eine

breite Spekulation mit gleichgerichteter Wirkung induzieren, die den Abwärtsprozeß noch beschleunigt. Es handelt sich dabei um Spekulation, die mit weiterem Kursverfall rechnet. In Erwartung weiterer Kursstürze wird "Material" verkauft, ohne daß der Verkäufer dieses überhaupt besitzt. Für die nächsten Tage errechnet man sich noch günstigere Einkaufsmöglichkeiten. Erweist sich jedoch dieses "Fixen in den Börsensälen" [1] als Fehlspekulation, so müssen die Verkäufer vom Vortage zur Erfüllung ihrer bereits abgeschlossenen Verträge um jeden Preis nach "Material" fragen. Dieser Druck von der Nachfrageseite her kann dann allerdings der Baisse entgegenwirken. Er kann noch dadurch gesteigert werden, daß die Kreditinstitute für solche Deckungszwecke keine Aktien zur Verfügung stellen. Damit kann eine weitere Verknappung des Angebots oftmals überraschend die "Baisse" in eine "Hausse" umschlagen lassen.

In ganz besonders gefährlichem Ausmaß verschärfen gefühlsmäßig bedingte Vorstellungen der Kapitalanleger die Auf- und Abwärtsentwicklungen an der Börse. Diese vom Psychologischen her beeinflußten Entwicklungen des Börsengeschehens lassen sich schwerlich in ihren Auswirkungen vorherbestimmen. Zur Gruppe solcher Einflußfaktoren gehören die "Angstverkäufe" und die von übersteigertem Wachstumsdenken getragenen "Lustkäufe". Besonders die übertriebenen spekulativen Wachstumsvermutungen vieler Wertpapiererwerber, die keinen Einblick in die wirtschaftlichen Verhältnisse der betreffenden Unternehmung haben können, entziehen der Kursbildung jede ökonomisch vernünftige Grundlage. So wird in solchen Fällen von einem bestimmten Kursniveau an schließlich "Luft" gehandelt, weil ein offensichtlich überhöhter Kurs nur noch zu einem Teil den Gesamtwert der Unternehmung repräsentieren kann. Der Teil des Kurses, der den anteiligen Gesamtwert der Unternehmung übersteigt, muß dabei zwar als Preis für den Knappheitsgrad der Aktie gedeutet werden. Er erscheint aber bei betriebswirtschaftlich realistischer Betrachtung höchst zweifelhaft. Von der durch den Funktionalzusammenhang von Angebot und Nachfrage bewirkten Kurssteigerung wird nämlich der Gesamtwert der Unternehmung nicht heraufgesetzt.

Bei überspitzter spekulativer Aufwärtsentwicklung der Kurse droht einem Teil des Börsenpublikums zu einem unvorherbestimmbaren Zeitpunkt einmal ein er-

---

[1] PAL v. [illegible], S. 26

heblicher Verlust in Höhe des oben dargestellten Differenzbetrages. Solche Einbußen lassen sich höchstens dadurch vermeiden, daß die Wertzunahme der gesamten Unternehmung den schließlich stagnierenden Kurs einholt. Mit einem Verkauf des Wertpapiers kurz vor Beginn der Baisse wird der Verlust lediglich auf "weniger erfolgreiche" Wertpapierkäufer abgewälzt. Wenn nicht das Wachstum der Wirtschaftsbetriebe selbst diese Differenz ausgleicht, kann auf längere Sicht nur die Baisseentwicklung wieder zum richtigen Kursniveau zurückführen.

Gegen derartig undurchschaubare Entwicklungen, die wegen ihrer psychologisch bedingten Seite niemals exakt bestimmbar sein können, bieten auch die sehr streng gefaßten Bestimmungen des Börsengesetzes und der zahlreichen Erlasse zum Börsenrecht dem breiten Publikum keinen befriedigenden Schutz. Die Garantie, daß hinter dem gehandelten Wertpapier eine solide und vertrauenswürdige Unternehmung steht, gewährleistet eben keine Kursfestsetzung, die objektiv dem Gesamtwert der Unternehmung entspricht.

Die oben erwähnten Störungen, die auf der internationalen Verflechtung des Kapitalmarktes beruhen oder sonst psychologischer Natur sind, beeinträchtigen den Handel mit Unterbeteiligungen kaum. Dazu fehlt es allein schon am organisierten Zugang zum internationalen Kapital. Bei der Kursbildung der Unterbeteiligung wirken sachlichere Vorstellungen vom Gesamtwert der Unternehmung mit als bei den Abschlüssen an der Effektenbörse. Außerdem kann sich der Käufer einer Unterbeteiligung von vernünftigen Erwartungen über eine nachhaltig hohe Gewinnausschüttung leiten lassen.

Auf diese wenigstens objektiv noch bestimmbaren Grundlagen der Kursbildung müssen sich die Käufer

und Verkäufer von verbrieften Unterbeteiligungen gerade deshalb verlassen, weil hier gesetzliche Publikumsschutzbestimmungen fehlen. Im engeren Wirkungsbereich der Industrie- und Handelskammern, bei denen die börsenähnlichen Institutionen akkreditiert sein können, wird man verläßliche Informationen über die wirtschaftliche Lage der kapitalsuchenden Unternehmungen einholen können. Außerhalb eines solchen Bezirks, wo keine allzu klaren Vorstellungen mehr über die hinter der Unterbeteiligung stehende Unternehmung herrschen, werden sich dann nur noch zögernd Interessenten zum Kaufe von verbrieften Unterbeteiligungen einfinden.

### 3) Abschließende Beurteilung der Zulässigkeit von börsenähnlichen Institutionen

Die Zulässigkeit von Vermittlungsstellen für den Handel mit Unterbeteiligungen und Anteilen an kleinen und mittelgroßen Kapitalgesellschaften läßt sich nicht ernsthaft bezweifeln. Dem Zweck nach will die börsenähnliche Institution offene Kapitalbeschaffungsschwierigkeiten der mittelständischen Wirtschaft beseitigen helfen. Gesetzliche Bestimmungen, die eine solche Selbsthilfe verbieten, liegen nicht vor. Die oben untersuchte Form der Registrierung und Veröffentlichung von Preisen und Veräußerungsvorgängen erweist sich überdies als zweckmäßig. Unberechenbare Nachteile, die mit der Kursbildung an der Effektenbörse verbunden sein können, lassen sich hier vermeiden.

Allerdings zeigt die Erfahrung, daß mit zunehmender Unternehmensgröße besonders bei wirtschaftlich bedeutenden Kapitalgesellschaften das Konkursrisiko abnehmen kann.

Bei schlechter Geschäftslage der Großunternehmung wird dann gewöhnlich der Staat zur Sanierung der in Schwierigkeiten geratenen Unternehmung angerufen. Dieser verschließt sich aus sozial- und beschäftigungspolitischen Gründen solchen Aufforderungen meist nicht und die Konkursgefahr kann oft noch gebannt werden. Bei einigen Großbetrieben kam jedoch in letzter Zeit jede Staatshilfe zu spät[1]. Hier hatten es die leitenden Unternehmer im "Schutze" einer nicht zur Publizität verpflichteten Rechtsform verstanden, ihre sich verschlechternde Wirtschaftslage solange zu verschleiern, bis eine schließlich angeforderte Staatshilfe sie und ihr Unternehmen auch nicht mehr retten konnte.

Für die ungünstige Geschäftslage kleiner und mittelgroßer Unternehmungen zeigen die Vertreter der öffentlichen Hand demgegenüber selten Verständnis, selbst wenn der Unternehmer den Wunsch nach staatlicher Sanierungshilfe noch zu einem Zeitpunkt vorträgt, an dem eine solche Maßnahme noch Erfolg versprechen könnte. Schon aus diesem Grund muß die Konkursgefahr für den Kreis der kleinen und mittelgroßen Unternehmungen erheblich höher veranschlagt werden als bei der oftmals von Staatsrücksichten geschützten Großunternehmung. Im Vergleich zu den meist unzulänglichen Kontrollbefugnissen des Publikumsaktionärs hat aber der Unterbeteiligte über den Gestionskommanditisten verhältnismäßig genauen Einblick in die Geschäftslage der Unternehmung. Er kann

---

1) z.B. bei Borgward, Schlieker und den Opal-Werken, alles Unternehmungsformen, die nicht zur öffentlichen Rechnungslegung verpflichtet waren und die letztlich von der Seite eines zu spät erkannten, nicht mehr vertretbaren finanziellen Spannungsverhältnisses zur Konkurseröffnung getrieben wurden.

demzufolge einen drohenden Konkurs oft noch frühzeitig erkennen und sich dann darauf einstellen oder gegebenenfalls selbst Maßnahmen zur Gefahrenabwendung vorschlagen.

Ein Konkursrisiko besteht letztlich bei allen privatwirtschaftlichen Unternehmungen. Die Vorschriften eines Börsengesetzes können und wollen das Unternehmerwagnis auch nicht aus der Welt schaffen. Die Konkursgefahr pflegt sich eben mit zunehmender Größe der Unternehmung lediglich zu vermindern. Selbst angesichts eines zweifellos vorhandenen Konkursrisikos bei der Unterbeteiligung an kleinen und mittelgroßen Gesellschaften ist die Zulässigkeit der börsenähnlichen Institution schließlich aber nicht zu bezweifeln.

F. Schluß

Bei allen Umwandlungen von Kapitalgesellschaften in Personengesellschaften, die zur Zeit des Nationalsozialismus oder in der jüngsten Vergangenheit vorgenommen wurden, hat besonders die Grundfrage nach der zweckmäßigen Gestaltung der neuen Gesellschaftsform den an diesen Vorgängen Beteiligten erhebliche Sorgen bereitet.

Während des nationalsozialistischen Regimes mußten sich die Unternehmer oft überstürzt anstelle der Kapitalgesellschaft für eine Personengesellschaft entscheiden, die dann den machtpolitischen Zielen des damaligen Staates in der Regel nicht mehr zuwiderlief. Auch war damals der Rahmen, der solchen allein durch die Umwandlung bedingten gesellschaftsrechtlichen Neugestaltungen gesetzt war, im Vergleich zu den heute bestehenden Auswahlmöglichkeiten wesentlich enger. Eine Kommanditgesellschaft mit fungiblen Beteiligungen, die als ein Aktienersatz hätten angesehen werden können, wäre von den Behörden mit Sicherheit als Mißbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten abgelehnt worden.

Zeitlicher Druck und ähnlich enge Grenzen, wie sie zur Zeit des Nationalsozialismus entgegen dem vorwiegend dispositiven Charakter des Gesellschaftsrechts bei Gestaltungen neuer Gesellschaftsformen beachtet werden mußten, bestehen heute nicht mehr. Aber gerade wegen der Fülle der unterschiedlichen Gestaltungsmöglichkeiten, die das Gesellschaftsrecht bietet, verursachen auch gegenwärtig Umwandlungen immer noch Schwierigkeiten.

In Verbindung mit der Kapitalgesellschaft wollte der Gesetzgeber den Gesellschaftern von Klein- und Mittelbetrieben zwar die "Wohltat der Haftungsbeschränkung" zukommen lassen. Die Übertragbarkeit der Beteiligungen aber sollte dann gesetzlich erschwert sein, wenn solche Betriebe rechtlich als nicht publizitätspflichtige Gesellschaften mbH organisiert waren.

Für kleine und mittelgroße Unternehmungen ist die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft häufig schon infolge der damit verbundenen Steuerbelastung zu teuer. Handelt es sich um eine Aktiengesellschaft, so erhöhen sich die allein durch die Rechtsform bedingten finanziellen Lasten wesentlich um die Aufwendungen für Prüfung und Veröffentlichung des Jahresabschlusses. Mit der Personengesellschaft, bei der solche Sonderaufwendungen nicht entstehen, erscheint zunächst, wenigstens von ihrer gesetzlichen Normierung her gesehen, eine Haftungsbeschränkung gegenüber den Gesellschaftern und die erleichterte Übertragbarkeit der Beteiligungen nicht vereinbar. Gerade die Möglichkeit der Mobilisierung von Beteiligungen kann aber für kleine und mittelgroße Unternehmungen entscheidende Bedeutung haben, vor allem dann, wenn man in solchen Betrieben die finanziell gerade noch zu verantwortenden Grenzen der Fremdkapitalfinanzierung erreicht hat.

Beide Vorzüge lassen sich heute durch geschickte Gestaltung der Gesellschaftsverträge auch im Rahmen einer Personengesellschaft verwirklichen.

Die Beibehaltung der Haftungsbeschränkung gegenüber dem Privatvermögen der an der Gesellschaft (beispielsweise einer Kommanditgesellschaft)

beteiligten natürlichen Personen macht keine allzu großen Schwierigkeiten. In Rechtsprechung und Schrifttum wird heute allgemein anerkannt, wenn eine GmbH als Komplementär einer KG die Geschäftsführungs- und Vertretungsfunktion wahrnimmt und gleichzeitig damit vor allem auch das Risiko der unbeschränkten persönlichen Haftung trägt. Allerdings bleibt zu bedenken, daß diese Haftungsbeschränkung mit einer wirtschaftlich-finanziellen Belastung durch Gesellschaftsteuer bei Kapitalzuführungen an eine solche KG, die in der Fachprache heute die Bezeichnung "GmbH & Co KG" trägt, erkauft wird. Auch können Gestaltungen dieser Art die Kreditwürdigkeit der Unternehmung gegenüber ihren Gläubigern schwächen. Um hier eine privatwirtschaftlich vertretbare Entscheidung treffen zu können, müssen die Gesellschafter klar erkennen, wie hoch das ihnen und ihrer Gesellschaft drohende Vermögensrisiko zu veranschlagen ist und wieviel Sonderaufwendungen und sonstige wirtschaftlich-finanzielle Nachteile sie zur Absicherung gegen ein für zu hoch gehaltenes Haftungsrisiko in Kauf nehmen wollen.

Größere Schwierigkeiten als die Übertragung der Haftungsbeschränkungen auf eine Personengesellschaft verursacht die im Rahmen einer Personengesellschaft, beispielsweise einer KG, angestrebte, ja für den Fortbestand des Unternehmens oft notwendig erscheinende Finanzierung durch Beteiligungskapital. Die Mobilisierbarkeit der Beteiligungen, die als ein für große Kapitalgesellschaften, also vor allem für Aktiengesellschaften, charakteristisches Organisationselement anzusehen ist, hatte der Gesetzgeber ebensowenig wie die Haftungsbeschränkung mit Gesamthandgemeinschaften verbinden wollen.

Gerade bei kleinen und mittelgroßen Betrieben hat häufig die (vor allem kurzfristige) Verschuldung in bedenklichem Ausmaß zugenommen. Besonders deshalb kann die Erschließung neuer Wege bei der Beschaffung von Beteiligungskapital, wie in diesem Fall die Finanzierung mit Hilfe fungibler Kommanditanteile bzw. Unterbeteiligungen zu einer betriebswirtschaftlich erwünschten Minderung finanziell bedenklich erscheinender Kapitalstrukturen solcher Gesellschaften führen.

Ob Teile des Kapitals einer KG leicht mobilisierbar sind, hängt letztlich von drei Bedingungen ab: Der Beteiligungsanspruch muß sich verbriefen lassen. Der Beteiligte, hier zweckmäßig der Unterbeteiligte, darf aber steuerlich nicht als Mitunternehmer anzusehen sein. Schließlich müssen sich solche Unterbeteiligungen auch als "handelbar" erweisen. Diese drei für die Mobilisierbarkeit von Kommanditbeteiligungen notwendigen Voraussetzungen lassen sich dem Ergebnis dieser Untersuchung zufolge erfüllen. Dabei erscheint nicht der direkte Weg über die Aufspaltung der Kommanditbeteiligungen, sondern der Umweg über die Ausgabe vieler, auf kleine Beträge beschränkter Unterbeteiligungen bei einem Gestionskommanditisten zweckdienlich.

Bei der für Unternehmer höchst bedeutsamen, aber nicht leicht zu beantwortenden Frage, ob die Finanzierung ihres Unternehmens vorwiegend durch die Aufnahme von Fremdkapital oder durch breit gestreutes Beteiligungskapital erfolgen soll, ist grundsätzlich zu bedenken, daß steuerlich die heute oft hohen Fremdkapitalzinsen den zu versteuernden Gewinn mindern, während die den an Gesamthandgemeinschaften als Mitunternehmer Beteiligten zustehenden Gewinnanteile aus dem zu versteuernden

Gewinn zu zahlen sind. Werden allerdings solche Beteiligungen möglichst als Unterbeteiligungen bei einem Gestionskommanditisten geführt, so erfolgt, wenn der Unterbeteiligte nicht als Mitunternehmer anzusehen ist, die Besteuerung ähnlich wie bei einer typischen stillen Gesellschaft. Diese Gewinnanteile mindern dann ebenso wie Fremdkapitalzinsen den zu versteuernden Gewinn und werden beim Unterbeteiligten als Einkünfte aus Kapitalvermögen versteuert.

Die Verbindung der Haftungsbeschränkung mit der Übertragbarkeit von Beteiligungen im Rahmen einer Kommanditgesellschaft führt praktisch zu dem Mischtyp einer GmbH & Co KG mit fungiblen Anteilen. Eine solche Gestaltung bringt gewiß eine unerwünschte Komplizierung des Gesellschaftsrechts mit sich. Dem steht aber die auffallende Kapitalknappheit in der deutschen Wirtschaft gegenüber, unter deren Engpasswirkung, wie mehrfach betont, besonders Klein- und Mittelbetriebe zu leiden haben. Zur Förderung der Beteiligungsfinanzierung ist die AG eben bei Unternehmen dieser Größenordnung zu kostspielig und die GmbH eignet sich schon von ihrer gesetzlichen Struktur her nicht für die Werbung von Beteiligungskapital. Dagegen läßt das elastischere Recht der KG, die vor allem zur Absicherung der Gesellschafter gegen das Haftungsrisiko zur GmbH & Co.KG erweitert werden kann, eine Ausgestaltung zu, die angesichts allgemein zunehmender Kapitalknappheit besonders auf die Engpasslage der mittleren Wirtschaft zugeschnitten ist.

Hat man die Ausbaufähigkeit der KG, wie in dieser Untersuchung, einmal nach der Seite der Mobilisierbarkeit ihrer Beteiligungen und den Möglichkeiten der Beschränkung der Haftungsrisiken hin untersucht, so läßt sich erkennen, daß die häufig zur Kennzeichnung der GmbH verwandte Formulierung "Aktiengesellschaft des kleinen Mannes" das Wesen der GmbH nicht genau treffen kann. Zwar hat die GmbH mit der AG die Haftungsbeschränkung gegenüber dem Privatvermögen der Gesellschafter und die Möglichkeit der Fremdorganschaft gemein. Der für die meisten Aktiengesellschaften typische Organisationsgesichtspunkt der "Freizügigkeit des Unternehmerkapitals" ist aber mit der GmbH unvereinbar. Insofern verdient schon eher die GmbH & Co KG mit übertragbaren Anteilen als "Aktiengesellschaft des kleinen Mannes" gekennzeichnet zu werden.

## Literaturverzeichnis

A. In der Arbeit verwandte Literatur:


B a i e r , Carl, G., Die Zweckmäßigkeit der Umwandlung von Kapitalgesellschaften B 1959, S.493

B a u m b a c h - D u d e n, Handelsgesetzbuch, 13.Aufl. München und Berlin 1959

B a r z, Carl-Hans, Vertraglicher Kündigungsausschluß bei Personalgesellschaften, JW 1938, S.49o

B e c h e r , Ernst, Aufbau, Organisation und Umwandlung der AG nach dem Aktiengesetz vom 3o.1.1937 unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Anonymität und seiner Überwindung in der Wirtschaft des nationalsozialistischen Staates, Köln 1938 (Dissertation)

B e r n a r t z, Möglichkeiten einer Reform der GmbH, Köln 1938 (Dissertation)

B e u c k, W., Soll die Kapitalgesellschaft erleichtert umwandeln? B 1957, S.9o4

B l ü m l i c h - P a l k, Einkommensteuergesetz, 7.Aufl. Berlin und Frankfurt 1955

B o e s e b e c k, Ernst, Betrachtungen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, Frankfurter rechtswissenschaftliche Abhandlungen, Frankfurt 1937

B o e s e b e c k, Ernst, Die kapitalistische Kommanditgesellschaft, Frankfurt 1938

B ö s s e l m a n n, Kurt, Die Entwicklung des deutschen Aktienwesens im 19.Jahrhundert, Berlin 1938

B ö r n s t e i n, Ulrich, Soll die Kapitalgesellschaft erleichtert umwandeln? DStZ 1957, S.321

B ö r n s t e i n , Ulrich, Aktuelle Fragen zur steuerbegünstigten Umwandlung, B 1959, S.772

B o p p, Gerhard, Die Unterbeteiligung an gewerblichen Betrieben im Steuerrecht, Düsseldorf 1956

B ö t t c h e r , Conrad, Die Grundzüge der Regelung der steuerbegünstigten Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem Umwandlungssteuergesetz v.11.1o.1957, Stbjb 1957/58, S.165 ff.

B ö t t c h e r , Conrad, Über die bisher enttäuschend geringe Inanspruchnahme der Umwandlungssteuervergünstigungen Stbjb 19[illegible], S.324

B ö t t c h e r , Conrad, Warum nicht das steuerliche Umwandlungsgesetz als Dauerregelung wie das handelsrechtliche Umwandlungsgesetz? Stbjb 1959/6o, S.179 ff.

B ö t t c h e r - M e i l i c k e , Umwandlung, Verschmelzung und Auflösung, Berlin 1937

B ö t t c h e r - M e i l i c k e , Verschmelzung und Umwandlung von Kapitalgesellschaften, 5.Aufl.,Berlin und Frankfurt 1958

B r ö n n e r, Herbert, Die Besteuerung der Gesellschaften,1o.Aufl. Stuttgart 1962

B u c h w a l d - T i e f e n b a c h e r , Die zweckmäßige Gesellschaftsform, 2.Aufl., Heidelberg 1961

B ü h l e r , Ottmar, Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne, 3.Aufl. Berlin - Frankfurt 1956

B ü h l e r , Ottmar,Steuer und Gesellschaftsform, StuW 1943, Sp.81 ff.

B u s s e v o n C o l b e , Walter, Zur Maßgeblichkeit des Börsenkurses für die Abfindung der bei einer Umwandlung ausscheidenden Aktionäre, in Die Aktiengesellschaft 1964 S.263 ff.

B u w e r t , H., Das Problem der Abfindung der ausscheidenden Aktionäre bei der erleichterten Umwandlung, Der Wirtschaftstreuhänder 1938, S.145 ff.

v. C a e m m e r e r , Ernst, Publizitätsinteressen der Öffentlichkeit und Gesellschaftsrecht,in Das Frankfurter Publizitätsgespräch, Frankfurt 1962

C e n t r a l e für GmbH, Dr.Otto Schmidt, Stand der GmbH-Reform, GmbH-Rdsch.1961, S.164

D e n s o w,Die Unterbeteiligung im Steuerrecht, B.1953, S.218 f.

D e u t s c h , Paul, Die Umwandlung als betriebswirtschaftliches Problem, ZfB 1959, S.346 ff.

D i e k m a n n, Wilhelm, Die Übertragbarkeit von Gesellschaftsanteilen bei der offenen Handelsgesellschaft, Göttingen 1936 (Dissertation)

E c k a r d t , Horst, Substanzerhaltung industrieller Betriebe, Dissertation, Göttingen 1962

F a s s e l t , Theo, Zur Ausdehnung der Umwandlungssteuerbegünstigung und zur Rückwirkung von Umwandlungsbeschlüssen B 196o, S.421 ff.

F i s c h e r , Curt, Die GmbH, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1948

F i s c h e r , Paul, Die Aktiengesellschaft in der nationalsozialistischen Wirtschaft, München und Leipzig 1936

F l u m e , Werner, Die Anwendbarkeit des § 15 Abs.2 KStG auf die umwandelnde Verschmelzung und die Umwandlung auf eine Kapitalgesellschaft,B 1959, S.1233

F r a n k, Erich, Die angemessene Abfindung der Minderheitsaktionäre bei der Umwandlung von Aktiengesellschaften kraft Mehrheitsbeschlusses, BkA 1938, S.641 ff.

Dr. G a b l e r s , Wirtschaftslexikon, Wiesbaden 1956

G a l p e r i n - S i e b e r t , Kommentar zum Betriebsverfassungsgesetz, 3.Aufl., Heidelberg 1958

G e r i c k e , Horst, Die Börsenzulassung von Wertpapieren, Wiesbaden 1961

v. G i e r k e , Julius, Handelsrecht, 6.Aufl. Berlin 1949

G r e i f e l d, Die Unterbeteiligung an der offenen Handelsgesellschaft und der Kommanditgesellschaft, Leipzig 1938 (Dissertation)

G r i e g e r , Mantelkauf und Verlustabzug, BB 1958, S.259

G r o ß m a n n - D o e r t h , Soll die Gesellschaft mbH beibehalten werden? Hans-RGZ 1937,S.28o ff.

G r o ß m a n n - D o e r t h, Kampf um die Einmanngesellschaft mbH, DR 1939, S.9 ff.

H a m a n n, Andreas, Umwandlungsgesetz und Eigentumsgarantie, BB 196o, S.13o6 ff.

H a s e n a c k, Wilhelm, Gesellschaft mit beschränkter Haftung - (II) Wirtschaftliche Problematik, HdSW 48.Lieferung 1964, S.447

H a s e n a c k, Wilhelm, Die Überwindung der Wirtschaftskrise und das deutsche Unternehmertum, ZfB 1932, S.7o5 ff.

H a s e n a c k, Wilhelm, Buchhaltung und Abschluß, 1.Band, Essen 1954

H a s e n a c k, Wilhelm, Kapitalbildung und Steuermoral - betriebswirtschaftlich gesehen - BFuP 1949, S.116 ff.

H a s e n a c k, Wilhelm, Die Anlagenabschreibung im Wertumlauf der Betriebe und die Sicherung der Wirtschaft, ZfB 193?, S.139

H a s e n a c k, Wilhelm, Gesellschaftsrechtliche Probleme in juristischer und wirtschaftlicher Sicht, BFuP 195o,S.257

H a s e n a c k, Wilhelm, Kategorien, betriebliche, HdB 3.Aufl. Stuttgart 1956 - 1962, Sp 3o85 ff.

H a s e n a c k, Wilhelm, Selbstfinanzierung und Kapitalerhaltung, Praktischer Betriebswirt 1931, S.54

H a s e n a c k, Wilhelm, Der Begriff der Selbstfinanzierung als Ursache gefährlicher Mißverständnisse, BFuP 1958, S.673 ff.

H a s e n a c k, Wilhelm, Unternehmertum und Wirtschaftslähmung, Berlin 1932, S.187

H a s e n a c k, Wilhelm, Die Verschärfung der Körperschaftsteuerspaltung, insbesondere die Lage der "personenbezogenen Kapitalgesellschaften" dabei, BFuP 1958, S.2517 ff.

H a s e n a c k, Wilhelm, Das Aufkommen der Betriebsteueridee, (Ein literaturhistorischer Hinweis) BFuP 1950,S.765

H a s e n a c k, Wilhelm, Entwicklungsprobleme und Fragestellungen der betriebswirtschaftlichen Steuerlehre,BFuP 1953, S.266 ff.

H a u p t , Günter, Gesellschaftsrecht, 4.Aufl. Tübingen 1952

H e n n i n g e r , Fritz, Umwandlungen, II 5/59, RWP 14 (D) v.20.10.1959

H e r b i g , Zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, BkA 1938, S.266 ff.

H e r o l d - L i p p i s c h , Bank- und Börsenrecht, 2.Aufl. Berlin und Frankfurt 1962

H e r r m a n n - H e u e r , Kommentar zur Einkommensteuer und Körperschaftsteuer, 7.Aufl. Köln ab 1954

H e s s e l m a n n , Malte, Handbuch der GmbH & Co, 6.Aufl. Köln 1961

H o f f m a n n, Fritz, Zur steuerlichen Rückbeziehung von Umwandlungen gem.§ 45 DMBilG auf den 21.6.1948,FR 1950, S.241 ff.

H o f f m a n n, Fritz, Der Mantelkauf in der Rechtsprechung des BFH, B 1958, S.811

H u e c k, Alfred, Zur Frage der Verfassungsmäßigkeit des Umwandlungsgesetzes, B 1960, S.375/378

H u b s c h m a n n - H e p p - S p i t a l e r , Kommentar zur Reichsabgabenordnung, Köln 1951/60

J o n b e r g , Hans, Die Unterbeteiligung im Gesellschaftsrecht, B 1953, S.77 ff.

K i e s k a l t , Wilhelm, Berichte über den Stand der Arbeiten zum Aktienrechtsreformenentwurf in: ZAfDR 1934,S.22 ff; ZAfDR 1935, S.247 ff.

K l a u s i n g , Friedrich, Das kommende Aktienrecht, DJZ 1935, S.1135

K n o p p e, Helmut, Pachtverhältnisse gewerblicher Betriebe im Einkommen- und Körperschaftsteuerrecht, 2.Aufl.Düsseldorf 1961

K n u r , Alexander, Unternehmensform und Betriebsverfassungsgesetz,DNotZ 1953, S.18

K ö h l e r , Dieter, Die GmbH & Co, Stbjb 1954/55, S.265

K r o c h m e y e r , Fritz, Die steuerpolitische Bedeutung der Personalgesellschaften gegenüber den Kapitalgesellschaften in der nationalsozialistischen Gesetzgebung, Bonn 1940 (Dissertation)

K r o l l m a n n, Heinz, Sanierung und Verlustabzug, BB 1958, S.302

K r o n s t e i n , Heinrich, Recht und wirtschaftliche Machtentfaltung, BB 1960, S.221 ff.

L e h m a n n, Heinrich, Gesellschaftsrecht (Handelsrecht Teil II) Berlin 1949

L e h m a n n, Karl, Umwandlung handelsrechtlicher Unternehmensformen, ZfdgH 1901, S.1 ff.

L e n k, Erhard, Die qualifizierte Mitbestimmung der Arbeitnehmer und ihre wirtschaftliche Problematik, Bund-Verlag GmbH, Köln 1961

L e n s k i , Edgar, Unternehmergemeinschaft und Mitunternehmerschaft, DStZ 1939, S.459, 467 f.

L i t t m a n n, Eberhard, Das Einkommensteuerrecht, 5.Aufl. Stuttgart 1956; ebenfalls 7.Aufl. Stuttgart 1962

M ü l l e r - E r z b a c h , Rudolf, Beiträge zum Wirtschaftsrecht,Klausing-Nipperdey-Nußbaum, Bd.II Marburg 1931, S.737 ff.

M o l l , P., Umwandlung zum D-Mark Bilanzstichtag gem.§ 45 DMBilG, FR 1950, S.52 ff.

M o n j a u , Herbert, Betriebsverfassungsgesetz, Köln 1962

v. N e l l - B r e u n i n g, Oswald, Kapitalismus und gerechter Lohn, Freiburg i.Br. 1960

P a l a n d t , Otto, Bürgerliches Gesetzbuch, 9.Aufl.München und Berlin 1951

P ö l l i n g e r , Die Unterbeteiligung, Erlangen 1932 (Dissertation)

P r i o n , Willi, Zum Problem der angemessenen Abfindung der ausscheidenden Aktionäre bei Umwandlung der Aktiengesellschaft in Personengesellschaften, ZfhF 1939, S.393 ff.

P r i t z k o l e i t, Kurt, Männer, Mächte, Monopole; Düsseldorf 196o

R a s c h , Harold, Richtige und falsche Wege der Aktienrechtsreform, Karlsruhe 196o

R e n a u d, Achilles, Recht der Aktiengesellschaft, Leipzig 1863

R i t t e r, Karl, Kommentar zum HGB, 2.Aufl. 1931

R i t t e r s h a u s e n, Heinrich, Industrielle Finanzierungen, Wiesbaden 1964

S a a g e, Gustav, Die stillen Reserven im Rahmen der aktienrechtlichen Pflichtprüfung, Dissertation, Köln und Opladen 1959

S c h a c h t, Hjalmar, Die deutsche Aktienrechtsreform, Berlin 1935

S c h l e g e l b e r g e r, Franz, Die Erneuerung des deutschen Aktienrechts, Verlag Franz Vahlen, Berlin W 9, 1935

S c h l e g e l b e r g e r , Franz, Zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften, DJ 1936, S.1649

S c h l e g e l b e r g e r , Franz, Handelsgesetzbuch, 4.Aufl., Berlin u.Frankfurt 1963

S c h l e g e l b e r g e r - G e ß l e r - H e f e r m e h l, Handelsgesetzbuch, 3.Aufl.Berlin u.Frankfurt 1955

S c h m a l e n b a c h, Eugen, Die Aktiengesellschaft, 7.Aufl. Köln und Opladen 195o

S c h m a l e n b a c h, Eugen, Die Beteiligungsfinanzierung, 7.Aufl. Köln und Opladen 1949

S c h m a l e n b a c h, Eugen, Aktiengesellschaft außer Dienst, ZfhF 1949, S.2 ff

S c h m a l e n b a c h, Eugen, Der Treuhandkommanditist, ZfhF 1949, S.97

S c h m a l e n b a c h, Eugen, Der freien Wirtschaft zum Gedächtnis, Köln und Opladen,1949,S.2o

S c h m e d e s, Rolf-Günter, Die Rechtsstellung der nach dem Betriebsverfassungsgesetz in die Aufsichtsräte der Aktiengesellschaften entsandten Arbeitnehmer, Dissertation, Göttingen 1956

S c h m ö l d e r - G e s s l e r - M e r k l e, D-Markbilanz Ergänzungsgesetz, Kommentar, Stuttgart 1951

S c h m ö l d e r - G e s s l e r - M e r k l e,
D-Mark Bilanzgesetz, Kommentar, Stuttgart 1950

S i e g , Harald, Börsenrecht (Textsammlung), München und Leipzig 1953

S i m o n , Jürgen, Gesellschaftsrechtliche Bindungen auf Lebenszeit? B 1961, S.1679

T h e i s, J., Ist die Umwandlung nach § 45 DMBilG n.F.wirklich eine einmalige Chance? FR 1951, S.141

T h i e l , Rudolf, Gewinnverwirklichung bei der Liquidation, der Verschmelzung und der nicht steuerbegünstigten Umwandlung von Kapitalgesellschaften, B 1959, S.1092 ff.

T h o m a, Gerhard, Zur Auslegung und Anwendung des § 6 StAnpG, Stbjb 1950, S.61

T h o m s, Walter, Die neue Aktiengesellschaft,Neckargemünd 1938

T i e t m a n n, Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft oder Einzelfirma nach dem 20.6.1948, FR 1950, S.42

V o g e l, Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem D-Mark Bilanzergänzungsgesetz (§ 45 DMBilG) BB 1951, S.[illegible] ff.

W a g n e r , Erfahrungen mit dem Betriebsverfassungsgesetz, Bund-Verlag GmbH, Köln 1960

W a l b, E., Betrachtungen über Wertarten und stille Reserven im Zusammenhang mit der Frage der Bewertung von Unternehmungen und Unternehmungsteilen sowie der Gesellschafterabfindung, ZfbF 1948, S.[illegible] ff.

W e i p e r t , Otto, in Reichsgerichtsrätekommentar zum HGB, 2.Aufl. Bd.II Berlin 1950 (Anm.16 zu § 164 HGB)

W e i p e r t , Otto, Zur Haftung des ausgeschiedenen Kommanditisten im Falle des Gesellschafterwechsels durch Allgemein- oder Sonderrechtsnachfolge, DR 1943, S.774

W e s t e r f e l l h a u s - G l a d e , Verdeckte Gewinnausschüttung als steuerrechtliches und betriebswirtschaftliches Problem, 2.Aufl. Düsseldorf 1961

W i n t e r , Heinz, Die Publizität des Jahresabschlusses der GmbH im deutschen und ausländischen Recht, GmbH-Rdsch 1961, S.194 ff.

W ü r d i n g e r , Hans, Gesellschaften, 1.Teil: Recht der Personengesellschaften, Hamburg 1937

ü r d i n g e r, Hans, Das Recht der Personengesellschaften, 1.Teil: Die Kommanditgesellschaft, Arbeitsbericht des Ausschusses für das Recht der Personengesellschaften der Akademie für deutsches Recht, München und Berlin 1939

h n, Johannes, C.D., Um die zukünftige Unternehmungsform der Kleineren und mittleren Betriebe, BkA 1934, S.430

e l i n s k i , Gustav, Grundtypenvermischungen im Handelsrecht, Marburg 1925

i n t z e n, Heinrich, Weitere Fragen zur Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem DMBilErgG, FR 1951, S.71 ff.

i n t z e n, Heinrich, Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften nach dem DM-Bilanz-Änderungsgesetz, FR 1951, S.4 ff.

B. Durchgesehene, aber in der Arbeit selbst nicht zitierte Literatur:

B a l l e r s t e d t, Kurt, Gesellschaft mit beschränkter Haftung, (I) Recht der GmbH, HdSW 48.Lieferung, Stuttgart-Tübingen-Göttingen 1964, S.433ff.

B e r g e r , H., Steuererleichterungen bei der Umwandlung und Auflösung von Kapitalgesellschaften, der Wirtschaftstreuhänder 1938, S.114 ff.

B ö t t c h e r , Conrad, Die steuerlich günstigste Unternehmungsform, RWP 14, Steuer-R, D Unternehmungsformen, Einzelfragen 16

B ö t t c h e r , Conrad, Umwandlung eines Unternehmens aus einer Rechtsform in eine andere, RWP, 4 Wi-R D Umwandlung I

B ö t t c h e r , Conrad, Zur Frage der Erhaltung einer Sachfirma bei der Umwandlung, RWP, 4 Wi-R, D Umwandlung II 3 - 6/60

B ö t t c h e r , Conrad, Über Fragen der einheitlichen Betriebsteuer, RWP, 14 Steuer R Unternehmungsformen, Einzelfragen 6 Betriebs- und Privatvermögen

B u c h w a l d, F., Die Erbfolge bei der Kommanditgesellschaft, B 1957 S.1o9 ff.

B ü h l e r, Ottmar, Der Einfluß des Steuerrechts auf die Gesellschaftsform. ZfhF 1941, S.81 ff.

C e n t r a l e für GmbH Dr.Otto Schmidt, Nochmals: Verlängerung der Laufzeit des Umwandlungssteuergesetzes, GmbH-Rdsch 1959, S.168

C e n t r a l e für GmbH-Dr.Otto Schmidt, Jahresbericht der Centrale für GmbH, Rückschau und Ausblick, GmbH-Rdsch 1962, S.1

C e n t r a l e für GmbH-Dr.Otto Schmidt, GmbH-Rechtsform? GmbH-Rdsch 1959, S.27

F i s c h e r , Curt, Um ein Unternehmenssteuerrecht StuW 1942, Sp.6o1 ff.

F i s c h e r , Robert, Die Möglichkeit der Personengesellschaft, wenn nur Gesellschaftsfremde oder Kommanditisten als Geschäftsführer oder gesetzliche Vertreter auftreten, NJW 1959, S.1o57 ff.

F l u m e , Werner, Steuerwesen und Rechtsordnung, Göttingen 1952

F l u m e , Werner, Grundfragen der Aktienrechtsreform, Düsseldorf 1960

F l u m e, Werner, Der Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, Düsseldorf 1960

G e i l e r, Besprechung von Daeschner, Handelsgesellschaftliche Gestaltungsform, JW 1924, S.1113

G e s s l e r, Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und bergrechtlichen Gewerkschaften, BB 1956, S.1175 ff.

G r o ß m a n n - D o e r t h , Vom Kampf um die GmbH, Hans-RGZ 1938, S.208 ff.

H e n z e, Max, Die GmbH & Co., Stuttgart 1957

H e s s e l m a n n, Malte, Gesellschaftsteuer bei Umwandlung einer GmbH in eine GmbH & Co nach dem Umwandlungsteuergesetz, GmbH-Rdsch 1959, S.173

H e s s e l m a n n, Malte, GmbH & Co, Zulässigkeit und Umwandlung, GmbH-Rdsch 1957, S.38

H u e c k, Alfred, Gesellschaftsrecht, 10.Aufl. München 1960

J u r k a t , Kommanditist als Mitunternehmer, BB 1953, S.313

K r a h , R., Zweifelsfragen zum Umwandlungssteuergesetz, FR 1960, S.13

L e h m a n n, Fritz, Rechtsformen und Wirtschaftstypen der privaten Unternehmung, Mannheim, Berlin, Leipzig 1925

L e i t n e r , Friedrich, Betriebswirtschaftslehre der Unternehmung, Berlin und Leipzig 1926

L i e f m a n n, Robert, Die Unternehmungsformen, Stuttgart 1923

M e i l i c k e, Heinz, Steuerlich günstige Form der Unternehmensgestaltung, StbJb 1956/57, S.181 ff.

R e i n h a r d t - N i c k l i s c h - R a i s e r, Die Gestaltung der Unternehmungsformen unter dem Gesichtspunkt der Wirtschafts- und Sozialverfassung, 39.Deutscher Juristentag 1952

R ö m e r , Gustav, Die Gestaltung der GmbH nach geltendem und kommendem Recht (Zusammenfassung eines Vortrages von Römer) GmbH-Rdsch 1961, S.200

S c h i l l i n g, Wolfgang, Die Einmanngesellschaft und das Einzelunternehmen mbH, JZ 1953, S.61

S c h m i d t, Otto, Über Fragen der einheitlichen Betriebsteuer, GmbH-Rdsch 1950, S.17 ff.

S c h m ö l d e r s - T e r h a l l e , Steuerumbau, einheitliche Betriebsteuer, Finanzarchiv 1942, S.246

S p i t a l e r , Armin, Zur Mitunternehmerschaft, in Hübschmann-Hepp - Spitaler, Köln 1951/60, Anm.12 zu §215 AO

S u d h o f f , Heinrich, Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 2.Aufl. München und Berlin 1960

T h e i s , J., Der Begriff der Mitunternehmerschaft im Steuerrecht, B 1954, S.916 ff.

T h i e l, Rudolf, Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften, B 1957 S.386/387 (kritische Bemerkungen zum Übernahmegewinn 2. Stufe)

W i e l a n d , Karl, Handelsrecht, München und Leipzig 1921

W i s s e n s c h a f t l i c h e r Beirat, Vorschläge für eine einheitliche Betriebsteuer, StuW 1949 Sp.928-1064

W ö h e, Günter, Betriebswirtschaftliche Steuerlehre, Band I, Berlin und Frankfurt 1962

W ü r d i n g e r , Hans, Aktienrecht, Karlsruhe 1959

W ü r d i n g e r, Hans, Gesellschaften, 2.Teil: Recht der Kapitalgesellschaften, Hamburg 1943

## Lebenslauf

Am 31.8.1936 wurde ich - Harry Bernhard Stückmann - als Sohn des Wirtschaftsprüfers und Steuerberaters Dr.Bernhard Stückmann und seiner Ehefrau Gertrude, geborene Pantenburg, in Bielefeld geboren.

Nach vierjährigem Besuch der Grundschule und neunjährigem Besuch des staatlich-städtischen Ratsgymnasiums in Bielefeld bestand ich am 21.2.1956 die Reifeprüfung.

Nach Absolvierung des kaufmännischen Praktikums bei der Werkzeugmaschinenfabrik Gildemeister & Comp AG in Bielefeld begann ich mit dem Wintersemester 1956/57 an der Universität Göttingen Betriebswirtschaft zu studieren. Nach weiteren Studien an den Universitäten Genf und Köln legte ich am 12.Juni 1961 an der Universität Köln die Prüfung für Diplom-Kaufleute ab.

Zum Wintersemester 1961/62 bezog ich als Doktorand die Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliche Fakultät der Universität Göttingen. Seit November 1963 bin ich am Betriebswirtschaftlichen Seminar der Universität Göttingen als wissenschaftliche Hilfskraft tätig.

Göttingen,den 9.6.1964